

LA
MÉTHODE AMÉRICAINE
DE
PROTECTION DES LIBERTES
INDIVIDUELLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri GALLAND

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

JURY ... { *President* : M. E. LAMBERT, *professeur.*
 { *Suffraganis* { M. I. LAMEIRE, { *professeurs.*
 M. A. NICOLAS.

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, rue Soufflot — PARIS (V°)

1932

LA
MÉTHODE AMÉRICAINE
DE
PROTECTION DES LIBERTES
INDIVIDUELLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri GALLAND

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

JURY ... { *Président : M. E. LAMBERT, professeur.*
 { *Suffragants* { M. I. LAMEIRE, { *professeurs.*
 M. A. NICOLAS,

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, rue Soufflot — PARIS (V°)

1932



TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

N. B. — Le premier chiffre renvoie au numéro, le second à la page.

INTRODUCTION

1. Rôle fondamental des libertés individuelles dans l'organisation politique et sociale; nécessité de les doter d'une protection.....	7
2. Les caractéristiques des libertés individuelles.....	8
3. Les méthodes de protection des libertés individuelles; généralités	10
4. Les méthodes politiques de protection des libertés individuelles : la démocratie et le référendum.....	10
5. Les méthodes juridiques de protection des libertés individuelles; leurs caractéristiques générales.....	11
6. La méthode française.....	13
7. La méthode belge et italienne. Constitution belge de 1831, réforme italienne de 1865.....	15
8. La méthode américaine : le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.....	17
9. Raisons qui nous ont poussé à étudier le contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis de l'Amérique du Nord : A) Raison d'actualité; B) Raison tirée de l'origine et de l'évolution fournie par l'institution aux Etats-Unis; C) Raison tirée du point de perfection atteint par l'institution aux Etats-Unis.....	18
10. Division générale de l'ouvrage.....	22

PREMIÈRE PARTIE

LE MÉCANISME AMÉRICAIN DE PROTECTION DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

INTRODUCTION GÉNÉRALE

11. Caractère du contrôle américain de la constitutionnalité des lois; plan de la première partie.....	25
--	----

Section I. — Etude analytique du mécanisme de protection des libertés individuelles.

CHAPITRE PREMIER

LE DUE PROCESS

I. Introduction.

12. Caractère traditionnel du <i>due process</i> ; sens général de son évolution historique	29
---	----

II. *Evolution historique du « due process ».*

13. L'origine anglaise du <i>due process</i> : la <i>law of the land</i>	31
14. La conception du <i>due process</i> dans le droit colonial américain....	34
15. Le <i>due process</i> et les Constitutions d'Etats particuliers antérieures à la Constitution fédérale.....	37
16. Le <i>due process</i> dans le droit américain moderne.....	37

III. *La signification moderne du « due process ».*

17. Conceptions erronées du <i>due process</i>	43
18. Contenu du <i>due process</i>	47
19. Eléments de forme.....	47
20. Eléments intéressant le fond du droit.....	51

CHAPITRE II

LES CLAUSES ANNEXES DE PROTECTION
DES LIBERTES INDIVIDUELLESI. *Introduction.*

21. Les deux protections annexes; leurs caractères communs.....	55
22. Rapports de ces deux protections avec le <i>due process</i> . Position de la question.....	57

II. *La clause des contrats.*

23. Circonstances de l'adoption de la clause des contrats.....	58
24. Domaine d'application de la clause des contrats; ses rapports avec le <i>due process</i>	59

III. *La clause d'égalité.*

25. Sens général de l'évolution de la clause d'égalité en droit amé- ricain	60
26. La protection de l'égalité dans la jurisprudence antérieure au XIV ^e amendement.....	62
27. La clause d'égalité du XIV ^e amendement : A) Les personnes à qui elle s'applique; B) La garantie qu'elle assure.....	66
28. Rapports de la clause d'égalité et du <i>due process</i>	74

CHAPITRE III

LE POLICE POWER

I. *Introduction.*

29. Le pouvoir de police dans ses rapports avec l'Etat.....	79
30. La conception du pouvoir de police dans trois législations moder- nes : la législation française; la législation allemande; la législa- tion américaine.....	82

II. *La notion d'intérêt public.*

31. L'intérêt public et la mentalité populaire.....	84
32. Conception large de l'intérêt public.....	85
33. Caractéristiques de la notion d'intérêt public dans le droit améri- cain : son imprécision; sa faculté d'évolution.....	85

34. Le rôle des Cours de justice dans l'élaboration de la notion d'intérêt public.....	88
--	----

III. Relations du « police power » et du « due process ».

35. La jurisprudence des Cours d'Etats particuliers.....	90
36. La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.....	92
37. Conditions d'exercice du <i>police power</i>	96

CHAPITRE IV

L'EMINENT DOMAIN ET LE TAXING POWER

I. Introduction.

38. Caractère spécialisé de ces deux institutions.....	98
--	----

II. Le pouvoir d' « eminent domain ».

39. Sources.....	98
40. Rapports du pouvoir d' <i>eminent domain</i> et du <i>due process</i>	99
41. Conditions d'exercice du pouvoir d' <i>eminent domain</i>	100

III

42. Le <i>taxing power</i>	101
----------------------------------	-----

CHAPITRE V

LA RULE OF REASONABLENESS ET LA BALANCE OF CONVENIENCE

I. Introduction.

43. Le problème gouvernemental; la solution judiciaire qui lui est donnée aux Etats-Unis.....	104
44. La <i>balance of convenience</i> ; définition; caractéristiques.....	106

II. La « rule of reasonableness » en période normale.

45. Imprécision de cette règle.....	108
46. Principes directeurs en la matière : A) Recours à la tradition; B) But public; C) Règle des relations réelles et substantielles...	110
47. Véritable nature juridique de la règle de raison.....	113
48. Appréciation critique du système.....	114

III. La « rule of reasonableness » en cas d' « emergency ».

49. Définition de l' <i>emergency</i>	114
50. Possibilité, en cas d' <i>emergency</i> , de limiter l'étendue des libertés individuelles.....	115
51. Réglementation de l' <i>emergency</i>	116
52. Exemples d' <i>emergency</i> : A) En temps de paix; B) En temps de guerre	118

**Section II. — La procédure de mise en œuvre
du mécanisme de protection des libertés individuelles.**

53. Introduction générale.....	125
--------------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

**LA DECLARATION D'INCONSTITUTIONNALITE
PAR VOIE D'EXCEPTION**

54. Section unique.....	127
-------------------------	-----

CHAPITRE II

**LA DECLARATION D'INCONSTITUTIONNALITE
PAR VOIE D'INJONCTION**

I. Introduction

55. Idée générale de l'injonction.....	129
--	-----

II. Formation historique de l'injonction.

56. Origine anglaise de l'injonction.....	131
57. Introduction de l'injonction dans le droit américain.....	133

III. L'injonction dans le droit américain moderne.

58. Importance de l'injonction.....	136
59. Les principales applications de l'injonction en droit américain : A) L'injonction et les lois fiscales; B) L'injonction et les lois réglementant le commerce et l'activité privée; C) L'injonction et les lois portant fixation de tarifs.....	137

DEUXIEME PARTIE

**LA CONCEPTION AMERICAINE DES LIBERTÉS
INDIVIDUELLES**

Introduction générale.

60. Principaux traits caractéristiques des libertés individuelles en Amérique	145
--	-----

CHAPITRE PREMIER

L'EGALITE

I. Introduction.

61. Caractère précaire de l'égalité.....	147
--	-----

II. *Le principe théorique d'égalité.*

62. Les formules employées par la Constitution et par les arrêts.....	149
63. Leur adaptation aux faits.....	150
64. Le critérium de la classification légitime.....	152
65. Les règles présidant à la mise en œuvre de ce critérium.....	154

III. *Les solutions du droit positif.*

66. Généralités.....	157
67. Les plus-values particulières.....	157
68. Les circonscriptions administratives et judiciaires.....	160
69. Les impôts spéciaux.....	161
70. Justification des législations spéciales par l'exercice du <i>police power</i>	162

CHAPITRE II

LA LIBERTE D'OPINION

I. *Introduction.*

71. La liberté d'opinion et ses modes d'expression.....	165
72. L'attitude des pouvoirs publics à l'égard de la liberté d'opinion..	167

II. *Le régime juridique de la liberté d'opinion.*

73. Historique	168
74. Etendue de la protection constitutionnelle assurée à la liberté d'opinion en droit américain.....	169
75. Détermination des limites que peut atteindre la réglementation de la liberté d'opinion; le critérium.....	173
76. Rôle du pouvoir judiciaire.....	174

III. *Circonstances historiques dans lesquelles la liberté d'opinion eut à subir des atteintes.*

77. La période des <i>sedition laws</i>	175
78. La période de la Grande Guerre et l'espionnage <i>act</i>	177

CHAPITRE III

LA LIBERTE CONTRACTUELLE

I. *Introduction.*

79. Nature de la liberté contractuelle.....	182
80. La conception américaine de la liberté contractuelle; idée générale.....	184

II. *Impossibilité de concevoir la liberté contractuelle comme un principe absolu.*

81. La jurisprudence du <i>Darimouth College case</i> et son application aux chartes et concessions accordées par les autorités publiques; les difficultés qu'elle a suscitées en droit américain.....	184
82. Difficultés qui se sont posées à propos de contrats individuels.....	187

III. *Les solutions positives du droit américain.*

83. Généralités	187
84. Le droit des entreprises concédées.....	188
85. Les contrats individuels.....	194

IV. *Conclusion.*

86. Le principe de la liberté des contrats est aux Etats-Unis, un principe nécessairement élastique.....	198
--	-----

CHAPITRE IV

LA PROPRIÉTÉ

I. *Introduction.*

87. Nature du droit de propriété : droit lié à l'évolution politique, économique et sociale de l'Etat.....	202
--	-----

II. *La conception américaine du droit de propriété.*

88. La conception traditionnelle : caractère absolu du droit; son étendue restreinte; la propriété tangible.....	205
89. La conception moderne : la propriété intangible.....	207
90. Les limites apportées au droit de propriété : A) Dans l'intérêt général; B) Dans l'intérêt des particuliers.....	209
91. Conclusion	215

III. *Le droit des entreprises d'utilité publique.*

92. Notions générales.....	215
93. Leur origine.....	216
94. Recherche d'un critérium en droit américain.....	217
95. Conclusion	224

CONCLUSION

96. Les libertés individuelles dans leurs relations avec la psychologie et l'histoire américaine.....	227
97. Les libertés individuelles et l'organisation du droit en Amérique..	230
Bibliographie	233
Tableau des abréviations.....	249
Table alphabétique des matières	251

INTRODUCTION

1. Rôle fondamental des libertés individuelles dans l'organisation politique et sociale; nécessité de les doter d'une protection. — 2. Les caractéristiques des libertés individuelles. — 3. Les méthodes de protection des libertés individuelles; généralités. — 4. Les méthodes politiques de protection des libertés individuelles : la démocratie et le référendum. — 5. Les méthodes juridiques de protection des libertés individuelles; leurs caractéristiques générales. — 6. La méthode française. — 7. La méthode belge et italienne. Constitution belge de 1831, réforme italienne de 1865. — 8. La méthode américaine : le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. — 9. Raisons qui nous ont poussé à étudier le contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis de l'Amérique du Nord : A) Raison d'actualité; B) Raison tirée de l'origine et de l'évolution fournie par l'institution aux Etats-Unis; C) Raison tirée du point de perfection atteint par l'institution aux Etats-Unis. — 10. Division générale de l'ouvrage.

1. Toute organisation politique doit avoir pour but de permettre aux individus la réalisation d'un certain niveau de bonheur : la société, en effet, est faite pour l'homme et non l'homme pour la société. De ce fait, un devoir s'impose à ceux qui ont la charge et la responsabilité du gouvernement : ils doivent assurer le maintien de conditions de vie suffisamment stables et objectives pour que les particuliers, au prix de leur propre effort et grâce à leur volonté, puissent réaliser normalement leurs aspirations légitimes. C'est dans la façon dont cette mission est remplie que doit être recherché le critérium d'un bon gouvernement.

Pour atteindre ce but, une tâche s'impose nécessairement à l'Etat : il doit garantir à ses citoyens une indépendance minima; il doit leur assurer aussi la jouissance libre de tout ce qui est indispensable pour accéder à l'idéal moyen qui se dégage des tendances de l'époque; bref, l'Etat doit accorder aux particuliers certains droits fondamentaux. Ceux-ci ont été qualifiés, parfois, de droits naturels; en ce qui nous concerne, nous adopterons l'expression classique, et si heureusement générale, de libertés individuelles.

Les libertés individuelles se trouvent constituer ainsi le fondement et la base même de l'édifice social; leur importance est primordiale. On doit donc admettre, sans longues discussions, la nécessité de les doter d'une protection.

2. Pour être efficace, cette protection devra être spécialisée. Nous entendons par là qu'elle devra consister en une méthode spécifiquement adaptée aux événements qu'elle a pour objet d'organiser. La fixation d'une méthode de protection des libertés individuelles dépendra donc étroitement de la nature de ces libertés et de leurs caractéristiques. Celles-ci sont au nombre de trois principales :

A) En premier lieu, les libertés individuelles sont liées, de façon intime, à la personnalité humaine; elles sont l'expression même de la puissance juridique dont une personne se trouve investie¹. Ainsi, elles offrent aux hommes un domaine où ceux-ci pourront exercer librement leurs facultés.

Cet aspect des droits individuels a été fréquemment mis en relief à propos de l'un d'entre eux, le droit de propriété²; mais il caractérise avec autant d'exactitude les autres formes de liberté.

B) En second lieu, il convient de ne pas être abusé par la terminologie en usage : bien que le qualificatif d'« individuel » soit associé au mot liberté, aucune liberté ne saurait être véritablement individuelle. Dans la réalité, les hommes ne vivent pas isolés; ils sont des êtres sociaux; des relations incessantes et variées se nouent entre eux. Sans doute, ils ont des droits purement personnels; mais ces droits ne sont pas absolus; leur existence n'est légitime qu'autant qu'ils ne constituent pas une gêne pour les autres individus, qu'autant qu'ils ne représentent pas un danger pour la société. Autrement dit, les libertés modernes, qui sont individuelles si l'on considère leurs titulaires, présentent, quant à leur objet, un caractère collectif certain. Elles sont des libertés sociales, non des libertés anarchiques.

1. AUBRY et RAU, 5^e éd., vol. 9, p. 335.

2. Cf. notamment : SPENCER, *Social Statics*, p. 132; surtout, cf. la théorie du patrimoine dans AUBRY et RAU, 5^e éd., vol. 9, p. 333.

Ceci entraîne une conséquence importante : libertés sociales, les libertés individuelles sont aussi des *libertés limitées* et relatives. Sans doute, elles doivent être protégées contre les atteintes que pourraient leur porter les pouvoirs publics; mais cette protection doit laisser la place libre aux interventions légitimes du gouvernement. Celui-ci, en effet, a un double devoir : il doit d'abord éviter d'opprimer les individus, mais aussi il doit maintenir la paix à l'intérieur du groupe social et assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs et des services publics. Dans ce but, il faut qu'il puisse surveiller l'activité privée et qu'il réprime les abus auxquels celle-ci donne parfois naissance.

C) Enfin, de la combinaison des deux aspects précédents naît un troisième trait caractéristique des libertés individuelles. Celles-ci, reflet des tendances humaines sous leur forme à la fois personnelle et sociale, sont révélatrices du développement atteint par une société donnée. Dans leur réalité essentielle, les libertés individuelles, à une époque déterminée, expriment « un mode de vie collective tenu pour juste et légitime par ceux qui y participent »; ce mode de vie est issu de la conscience intime des individus et « trouve sa formule dans des institutions sociales et politiques³ ». Il en résulte que les libertés individuelles s'apparentent à l'idée même de civilisation. Comme cette dernière, elles sont un mode de penser la vie; elles expriment les tendances et les aspirations de l'humanité à un moment donné; comme elle aussi, elles supposent une culture réalisée, des moyens matériels atteints, et, par dessus tout, elles requièrent l'existence d'un principe moral servant de base à la vie collective et justifiant son ordre.

De ce fait, les libertés individuelles ne peuvent jamais être considérées comme pourvues d'une forme définitive : elles sont chose vivante; sans cesse elles évoluent et se transforment.

C'est pour cette raison que nous avons jugé préférable de répudier le terme de droit naturel. Celui-ci, en effet, peut évoquer une idée de fixité, de révélation transcendante,

3. Cf. sur ce point, PIERRE VIENOT, *Incertitudes allemandes* (1931), p. 20.

parfaite dès le moment de son apparition et insusceptible, par conséquent, de perfectionnement. Pour nous, au contraire, nous estimons que les libertés individuelles ne peuvent pas faire l'objet d'une définition immuable; on ne peut saisir d'elles que leur apparence du moment, apparence éphémère et aussitôt dépassée.

3. Ce dernier aspect des libertés individuelles n'est pas pour faciliter l'établissement d'une garantie. Dans cette voie, la méthode la plus simple consisterait, en effet, à fixer, une fois pour toutes, le domaine réservé à la libre activité humaine et à le placer hors de l'atteinte des pouvoirs publics; mais le caractère changeant et mobile des libertés individuelles rend impossible l'adoption de cette méthode.

Quels systèmes de garantie peuvent donc être adoptés ? L'histoire comparative des institutions politiques permet de répondre à cette question.

Il existe en effet plusieurs méthodes pour la protection des droits privés. Celles-ci peuvent se classer en deux groupes : les unes sont d'inspiration politique; les autres résultent, au contraire, de l'application de principes plus exclusivement juridiques.

4. 1. Dans la première catégorie, il convient de ranger la démocratie elle-même et ses formes dérivées. Ce mode d'organisation politique contient en effet de sérieuses garanties pour les individus. Il se caractérise essentiellement par le fait qu'avec lui la « souveraine puissance réside dans l'universalité des individus égaux entre eux devant la loi⁴ ».

Il semblerait donc qu'en démocratie les particuliers pussent assurer eux-mêmes leur protection; participant au gouvernement, ils devraient pouvoir maintenir celui-ci dans des limites raisonnables.

Mais, dans la pratique, le régime démocratique n'existe guère à l'état pur : il n'est concevable que pour de très petites cités, comme l'étaient les villes grecques par exemple. L'organisation des Etats modernes ne permet pas son adop-

4. HAURIU, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 141.

tion complète; dans ce cas, il faut avoir recours au régime représentatif. Ainsi, les citoyens renoncent à exercer eux-mêmes et de façon active leurs droits politiques; ils délèguent ce soin à quelques-uns d'entre eux.

Alors, le danger d'oppression apparaît : les liens qui unissent les citoyens et leurs représentants se relâchent; le contrôle que ceux-là exercent sur ceux-ci n'est qu'intermittent; les redditions de comptes n'ont lieu qu'à des périodes éloignées; par ailleurs, le mandat impératif est repoussé par les doctrines classiques du droit constitutionnel. Celui qui n'est que le délégué de ces concitoyens se croit libre; il se croit aussi souverain; ainsi, il peut être tenté d'agir contre ceux-là mêmes qu'il devrait servir.

Sans doute, il est un moyen de remédier à ce danger. La pratique du référendum peut permettre aux citoyens d'intervenir dans toutes les circonstances importantes de la vie sociale; mais ce remède est insuffisant : malgré lui, un danger d'oppression certain peut exister encore.

En effet, si l'individu a besoin d'être défendu contre le législateur, son propre délégué, il faut également le défendre contre lui-même. Assurer la protection des libertés individuelles n'est pas chose aisée. Celles-ci, nous l'avons vu, évoluent parallèlement à l'idée de civilisation; avec cette dernière, elles ont pris, à l'époque moderne, un aspect de très grande complexité. Aussi, à l'heure actuelle, comprendre ce que doivent être les libertés individuelles, déterminer quelle garantie doit leur être apportée constituent des tâches trop complexes pour de simples citoyens. Ceux-ci doivent faire appel, pour leur propre défense, à des techniciens⁵.

5. 2. Cette exigence se trouve satisfaite par l'emploi d'une méthode juridique de protection des droits privés⁶.

De ces méthodes juridiques, il existe plusieurs types; toutes, cependant, présentent des caractères communs :

En premier lieu, elles sont des méthodes juridiction-

5. Sur les autres méthodes politiques de protection des libertés individuelles (jurie constitutionnaire, Sénat conservateur), cf. : HAURIU, l. c., p. 267.

6. Cf. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 11 à 33; JEAN APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, p. 1 à 16.

nelles, en ce sens qu'elles organisent, pour assurer la garantie des libertés individuelles, un recours au juge, ce dernier étant chargé d'examiner si les actes qui lui sont déferés sont conformes aux principes de droit admis comme idéal juridique à un moment donné.

En second lieu, ces méthodes supposent aussi la croyance en l'idée de légalité; c'est-à-dire qu'elles postulent l'existence d'une conception-type du droit et de la vie qui, servant de critère, permette au juge d'apprécier les réalisations positives du droit.

Ainsi, les méthodes juridiques de protection des libertés individuelles trouvent leur inspiration dans ce que le droit comporte de plus essentiel, son fondement même. Par là se trouve soulignée l'importance de semblables méthodes qui ne sauraient être considérées comme des procédés de simple technique juridique. Sans doute, elles sont des procédures, c'est-à-dire des formes; mais comme toute procédure elles sont étroitement liées au fond du droit, car la procédure est le droit même en action.

Vouloir envisager séparément une méthode de protection et l'objet même de cette protection aboutirait donc à réaliser une opération aussi arbitraire que celle qui consiste à opposer, dans une œuvre littéraire, le fond à la forme. Dans la réalité, au contraire, les deux choses sont solidaires; l'une n'est que l'expression de l'autre, et de même qu'à une pensée forte correspond un langage précis et éloquent, de même à un besoin social réel correspond, dans les formes juridiques, une procédure heureusement adaptée à la fin poursuivie. Etudier les méthodes de protection des libertés individuelles, c'est donc, dans une certaine mesure, étudier aussi ces libertés elles-mêmes.

D'autre part, la solidarité qui unit les méthodes juridiques de protection des libertés individuelles à la conception fondamentale du droit présente, pour ces dernières, un autre intérêt : elle explique leur diversité même. Une conception du droit touche, en effet, à trop d'éléments moraux pour ne pas constituer une chose personnelle, intime presque. Dans la pratique, par conséquent, on peut concevoir que tout individu ait sa conception propre du droit; si l'on se place à un point de vue social, partant plus général et plus sommaire, on constate que tout groupe-

ment humain, toute civilisation est caractérisée, dans une forte mesure, par une conception du droit qui lui est particulière. La notion de droit est donc extrêmement variée dans ses aspects.

Les faits, d'ailleurs, permettent de vérifier l'exactitude de cette idée. Il est en effet possible de distinguer, dans le droit occidental moderne, trois conceptions principales du droit. Ce sont, pour désigner chacune d'elles par le nom de la nation où elle a été dégagée avec la plus grande perfection, la conception française, la conception belge, enfin la conception américaine. A chacune d'elles correspond une méthode particulière de protection des libertés individuelles :

6. A) La conception française du droit repose sur deux bases fondamentales.

La première est la croyance en la souveraineté absolue de la loi écrite. Cette idée trouve sa source dans les doctrines juridiques de l'antiquité où la loi avait un caractère religieux; elle s'est maintenue, dans le droit moderne, d'abord au profit du souverain, puis, avec l'avènement des idées démocratiques, au profit du peuple. Dans le droit français contemporain, la loi apparaît comme l'expression toute puissante de la volonté générale.

La seconde réside dans l'existence d'un corps spécial d'administration. Cet organisme a, dans le droit français, un double rôle : rouage de transmission entre le législateur et le public, il veille à l'exécution des lois; mais organe autonome et créateur, il possède un pouvoir propre qui lui permet d'imposer certaines obligations aux particuliers. Ce deuxième rôle se traduit, en droit français, par l'attribution à l'administration d'un pouvoir réglementaire qui fait d'elle une sorte de législateur de seconde zone. De ce fait, l'administration est susceptible de faire courir de graves dangers aux libertés individuelles. Les prérogatives dont elle jouit lui permettent de développer, en marge de la sphère législative, ce que l'on appelle communément ses pouvoirs de police, expression vague et susceptible d'extensions abusives⁷.

7. Cf. ci-dessous : § 29 à 37.

Ce sont les deux principes qui viennent d'être exposés qui, par leurs conséquences, ont modelé, en France, la méthode de protection des droits privés. Celle-ci est une méthode juridique, c'est-à-dire que son fonctionnement est assuré par le pouvoir judiciaire.

Celui-ci devra, en premier lieu, respecter la souveraineté absolue de la loi. Si, par conséquent, l'acte législatif contient des dispositions qui lui paraissent contraires aux libertés individuelles, il doit assister impuissant à ce qu'il considère comme une violation du droit. Il convient, d'ailleurs, de remarquer que, dans la conception théorique du droit français, la loi ne devrait pas pouvoir être considérée comme préjudiciable aux droits individuels. Elle est l'œuvre indirecte des citoyens; elle est aussi l'expression de la volonté générale; elle devrait donc être toujours conforme à l'intérêt des particuliers de qui, en définitive, elle émane. Par sa nature même, elle constitue une garantie politique pour les individus⁸ et, pour cette raison, il semblerait qu'elle n'ait pas besoin d'être l'objet d'un contrôle juridique dans l'intérêt individuel. Peut-être, d'ailleurs, est-ce pour cela que les libertés individuelles ne sont pas protégées, en droit français, contre les atteintes législatives, bien au contraire. Protéger les libertés individuelles, en France, ce n'est pas faire plier la loi devant les exigences particulières, c'est faire respecter cette loi elle-même.

En second lieu, l'existence d'une administration et les dangers que sa puissance fait courir aux droits individuels ont pour effet de rendre nécessaire l'existence d'un régime spécial de protection. L'administration jouit, en effet, de prérogatives étendues; elle adopte, en présence des situations juridiques, une attitude qui lui est propre. Cette situation nécessite la création de tribunaux spéciaux, les tribunaux administratifs. Ce sont eux qui, dans la protection des libertés individuelles, jouent le rôle le plus important : alors que les tribunaux ordinaires ne connaissent guère qu'une procédure pour assurer le respect du droit, le pourvoi en Cassation; les tribunaux administratifs peuvent user, à côté du pourvoi administratif en cassation qui permet au Conseil d'Etat de maintenir les juridictions

c. Cf. ci-dessus, § 4.

administratives inférieures dans l'observation de la loi, de deux autres formes de recours, le recours de pleine juridiction et surtout le recours pour excès de pouvoir. C'est grâce à ces recours que la juridiction administrative française a réussi à maintenir dans des limites raisonnables les pouvoirs de police de l'administration.

Ce système protecteur des libertés individuelles a atteint son développement le plus parfait en France; mais il existe aussi, avec ses aspects essentiels, dans d'autres pays; notamment, il est connu en Allemagne.

Il présente de très sérieux avantages et la plupart des juristes l'apprécient avec faveur. Nous pourrions citer, en grand nombre, des jugements qui lui sont favorables; nous nous contenterons simplement de rapporter ici l'opinion d'un juriste américain, le professeur Garner, qui écrivait en 1924 : « J'ose dire, après une étude quelque peu étendue de la jurisprudence du Conseil d'Etat, que le système de droit administratif qui a été construit, dans ses traits principaux, par ses décisions, mérite plus d'admiration que les juristes anglais et américains ne lui en ont jamais accordé; et cela non seulement parce qu'il est en lui-même une construction juridique vraiment monumentale, mais à cause de son caractère extrêmement progressif et libéral. On peut dire aujourd'hui, sans contradiction possible, qu'il n'y a pas d'autres pays où les droits individuels sont aussi bien protégés contre l'arbitraire, les abus et les illégalités de l'autorité administrative, et où ils aient autant de certitudes de recevoir réparation des dommages causés par ces sortes d'abus⁹. » Cette appréciation flatteuse est entièrement justifiée; l'observation de la vie pratique montre en effet qu'en France le respect des libertés individuelles est assuré de façon satisfaisante. Un seul reproche pourrait être adressé à notre système : c'est qu'il ne contient aucune garantie contre les empiétements du pouvoir législatif.

7. B) Il n'est pas utile de s'étendre longuement sur la seconde des méthodes juridiques de protection des droits

9. J. W. GARNER, *French administrative law*, 33 Yale L. J. n° 6, p. 599.

privés, la méthode belge; elle présente, en effet, avec le système précédent, une analogie très grande¹⁰ :

Ainsi, en ce qui concerne les principes fondamentaux du droit, ceux-ci sont les mêmes en France et en Belgique : ce pays connaît, en effet, comme le nôtre, le principe de la souveraineté de la loi; il possède également une administration spécialisée.

Un système de protection des libertés individuelles, édifié sur une base aussi proche que celle-ci de la conception juridique française, semblerait devoir reproduire, avec exactitude, notre système de contrôle juridictionnel; en réalité il n'en est pas rigoureusement ainsi. Le système belge présente trois traits caractéristiques principaux; parmi ceux-ci, deux seulement lui sont communs avec notre méthode de protection des libertés individuelles.

a) En premier lieu, le droit belge n'assure pas aux particuliers une protection contre les abus législatifs. La loi reste souveraine et les individus doivent plier, sans recours, devant ses dispositions.

b) En second lieu, cette législation organise, en faveur des particuliers, une protection contre les dommages que pourrait provoquer le fonctionnement de l'administration.

c) Mais le système belge diffère franchement du système français lorsqu'il s'agit de déterminer quelle sera la juridiction chargée d'assurer la protection des libertés individuelles. Alors que la partie essentielle de la protection était assumée, en France, par la juridiction administrative, le droit belge n'a pas jugé utile d'instituer des tribunaux administratifs; il laisse aux tribunaux ordinaires le soin d'examiner l'activité de l'administration.

Cette organisation, comparée au système français, peut paraître plus simple, donc préférable. Il semble cependant que, dans un pays où l'administration se pré-

10. Pour plus de détails sur ce point, cf. : ABD EL SALAM ZOHNY, *La responsabilité de l'Etat égyptien à raison de l'exercice de la puissance publique*, vol. 2, p. 15 à 55; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., I, p. 85 et sq.; ROMIEU, *De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique*, Annales de l'école libre des sciences politiques, I, 1886, p. 364-376; JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 340-359; LE JEUNE, *Etude sur la constitution belge. Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs*, Bruxelles, 1857; ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, 1909, *passim* et surtout p. 244 et sq.

sente comme un organisme spécialisé, l'existence de tribunaux spéciaux soit une nécessité.

Ce système de protection des libertés individuelles n'est, d'ailleurs, pas utilisé en Belgique exclusivement. Il est, à peu de choses près, le système qui fut introduit en Italie par la réforme de 1865¹¹; c'est aussi celui que connut l'Égypte avec l'art. 11 du R. O. J. et la réforme qui fut apportée à ce texte par le décret khédivial du 26 mars 1900¹².

Si l'on voulait situer la méthode belge parmi les autres méthodes de protection des droits privés, on devrait constater qu'elle se place à mi-chemin entre le système français d'une part et d'autre part le troisième système que nous devons examiner, le système américain.

8. C) Le système américain de protection des libertés individuelles s'oppose, de façon absolue et sur tous les points, au système franco-allemand. Notamment, les principes sur lesquels il repose prennent le contre-pied exact des principes français.

Tout d'abord, la souveraineté de la loi écrite n'y est pas admise. En Amérique, comme d'ailleurs dans tous les pays anglo-saxons, c'est la jurisprudence qui joue le rôle principal; elle pénètre la vie juridique et politique tout entière.

En second lieu, les pays anglo-saxons ne possèdent pas de corps autonome d'administration ou du moins celui-ci n'est pas doté de pouvoirs propres et exceptionnels. Ce principe d'organisation entraîne deux conséquences : d'abord, il n'existe aucun intermédiaire entre la loi et le citoyen; puis, le fonctionnaire se trouve dans une situation de droit commun : il ne jouit d'aucune prérogative et se trouve placé, par rapport à la loi, sur le même plan qu'un simple citoyen.

Il résulte de ces deux principes qu'en Amérique les citoyens peuvent réclamer la protection du pouvoir judiciaire

11. Sur cette réforme de 1865 cf. : DUBOIS, *Le contentieux administratif en Italie depuis la loi du 20 mars 1865*, Bulletin de la Société de législation comparée, II, 1872-1873, p. 211-260 (où l'on trouve une traduction intégrale de l'annexe E de la loi du 20 mars 1865 sur l'unification administrative); LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 71 et sq.; JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, p. 299-327; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, dans ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milan, 1901, p. 223-507.

12. Cf. ABD EL SALAM ZOHNY, *l. c.*

contre la loi elle-même. D'autre part, cette protection sera assurée non par des juges spécialisés, mais par les juges de droit commun.

L'ensemble de ce système, connu dans les doctrines du droit constitutionnel sous le nom de contrôle de la constitutionnalité des lois, a été l'objet, aux Etats-Unis, d'un développement considérable; il constitue certainement la méthode la plus efficace et la plus complète pour la protection des libertés individuelles.

9. A vrai dire, il n'est pas un système spécifiquement américain et la liste est longue des pays qui connaissent et appliquent le contrôle de la constitutionnalité des lois¹³. Aussi, lorsque nous avons décidé d'étudier cette institution, nous avons formé l'ambitieux projet de poursuivre nos recherches dans un très grand nombre de législations. Mais bientôt cette tâche nous est apparue comme impossible : elle supposait des recherches considérables et souvent les ressources bibliographiques que nous avions à notre disposition se révélaient insuffisantes; au surplus, la sagesse consiste souvent à savoir se borner. Pour ces motifs, nous avons décidé de limiter notre étude à l'examen d'une législation seulement. Nous avons choisi le droit des Etats-Unis, et cela pour trois raisons principales :

A) Tout d'abord pour une raison d'actualité. Depuis quelques années, les publicistes français se préoccupent, avec un intérêt nouveau, de la protection des libertés individuelles dans notre droit¹⁴. Parmi eux, beaucoup se sont déclarés partisans d'une adaptation, à la législation française, de la méthode américaine de protection des droits privés. De ce fait, il nous est apparu que le terrain se trouvait préparé pour notre étude.

B) D'autre part, les circonstances historiques de l'adoption, en Amérique, du contrôle judiciaire de la constitution-

13. Cf. dans HAURIOU, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, p. 272.

14. Cf. notamment : BARTHÉLEMY et DUEZ, *Droit constitutionnel*; BERTHÉLEMY, *Compte rendu des séances de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1926, p. 51 et *Rev. politique et parlementaire*, 1925, p. 355; CARRÉ DE MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*; DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, t. III, § 98; HAURIOU, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, p. 272; JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e édition, t. I, p. 360; LAMBERT, *Le gouvernement des juges*; LARNAUDE, *Rev. polit. et parlement.*, 1926 et *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 175.

nalité des lois montrent qu'une méthode semblable peut fort bien pénétrer dans une législation sans y être introduite par un texte constitutionnel formel. Ainsi, l'histoire de cette institution fournit un appoint considérable à la thèse des juristes français qui, partisans de l'incorporation à notre système juridique de la méthode américaine, estiment qu'il est possible de réaliser cette opération sans modification constitutionnelle.

Il résulte, en effet, des travaux historiques les plus récents que le contrôle de la constitutionnalité des lois ne trouve pas, en Amérique, sa source dans la Constitution fédérale; son origine, au contraire, est d'essence prétorienne. En réalité, «le contrôle judiciaire de la constitutionnalité est, en Amérique, une création du président de la Cour suprême Marshall, siégeant en 1803 dans l'affaire *Marbury v. Madison*¹⁵. »

Sans doute, dès l'époque de l'élaboration de la Constitution, les voies étaient elles préparées pour l'apparition du contrôle judiciaire de la Constitutionnalité des lois. Le parti fédéraliste, dont le rôle était alors prépondérant, cherchait à refréner certaines tendances extrémistes qu'il jugeait dangereuse; il était donc favorable à l'établissement d'institutions aptes à exercer une influence modératrice sur l'évolution politique et sociale du pays. Cette attitude du parti le plus influent exerça une action certaine sur la rédaction des textes constitutionnels. En ce sens, on peut soutenir que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est conforme à l'esprit de la Constitution américaine et que son apparition fût préparée par elle; mais il n'y a pas dans cette Constitution de texte formel, pouvant être considéré comme la source certaine et unique de l'institution.

Chose curieuse, l'idée d'un contrôle du pouvoir législatif, qui peut être considérée comme l'une des pièces maîtresses de la doctrine fédéraliste, triompha à une époque où ce parti avait abandonné le pouvoir. Lorsqu'en 1803 le président Marshall rendit son arrêt dans l'affaire *Marbury v.*

15. J. LAMBERT, *Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. Marbury v. Madison*, dans *Rev. du droit public*, 1931, p. 62, article que nous avons fréquemment utilisé.

*Madison*¹⁶, les républicains avaient remplacé les fédéralistes au pouvoir depuis trois ans. Même, ce fut ce changement politique qui fut à l'origine de l'affaire *Marbury*.

Marbury avait été nommé juge de paix par le président Adams à la veille de son départ. Jefferson et son équipe républicaine trouvèrent à leur entrée en fonctions cette nomination qui avait été régulièrement effectuée mais qui n'avait pas été transmise à son destinataire. Comme elle ne lui agréait pas, il la détruisit. *Marbury*, s'estimant lésé, décida de se faire délivrer sa nomination et, dans ce but, il engagea une instance devant les tribunaux.

Comme on le voit, il semblait qu'il n'y eut dans ces faits rien qui pût permettre de prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi; il s'agissait simplement d'un recours contre un acte administratif entaché d'excès de pouvoir. Cependant, à défaut d'occasion meilleure, le président Marshall, homme énergique et volontaire, utilisa ce litige pour affirmer ses convictions. Il souleva la question du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois à propos d'un incident de procédure d'importance secondaire. *Marbury* demandait la délivrance d'un writ de mandamus contre le pouvoir judiciaire; ce writ pouvait être délivré en vertu d'une loi de 1789. Ce fut cette loi, mise indirectement en question dans le litige, que la Cour déclara contraire à la Constitution¹⁷.

Cet arrêt, en raison des circonstances particulières dans lesquelles il était rendu, constituait une base fragile pour la théorie nouvelle. C'est ce qui explique la grande prudence dont firent preuve les Cours. La décision de *Marbury v. Madison* resta longtemps isolée. Il faut attendre, en effet, jusqu'en 1856 pour voir, avec l'arrêt *Dred Scott*¹⁸, la Cour suprême fédérale prononcer une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité à l'égard d'une loi.

Cependant, malgré son peu de succès immédiat l'ar-

16. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch, p. 146.

17. Pour de plus amples détails sur l'arrêt *Marbury*, cf. J. Lambert, *l. c.*, où on trouvera notamment la traduction de larges extraits du dictum de Marshall.

18. *Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard 393.

rêt *Marbury v. Madison* eut une influence considérable. Vers la fin du XIX^e siècle, les circonstances économiques étant favorables au développement du Contrôle de constitutionnalité des lois¹⁹, cette institution prit un développement considérable, qui devait s'accroître encore par la suite. Quelques chiffres permettront de suivre ce développement : Alors que le premier cas d'annulation d'une loi inconstitutionnelle par la Cour suprême fédérale date de 1803, que le second n'intervient qu'en 1856, dans la période qui va de 1868 à 1912 au contraire 6 % des lois examinées par la Cour suprême sont déclarées inconstitutionnelles, entre les années 1913 et 1920 cette proportion s'élève à 7 %; entre 1921 et 1927 elle atteint 28%²⁰.

C) Enfin, troisième et dernière des raisons qui nous ont conduit à entreprendre cette étude, le contrôle de la constitutionnalité des lois présente un intérêt tout spécial en Amérique, car c'est dans ce pays qu'il a atteint son développement le plus complet. A une époque récente, de nombreux auteurs ont estimé que ce mécanisme devait s'étendre non seulement au contrôle des lois mais aussi au contrôle des traités²¹ et au contrôle des amendements à la Constitution²².

19. Cf. ci-dessous § 16.

20. Les chiffres cités dans le texte sont tirés d'un article de BROWN dans 40 Harv. L. Rev. p. 945 note 11.

21. La question de savoir si, en Amérique, les traités internationaux font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par pouvoir judiciaire a été très discutée. La plupart des juristes sont d'avis que ce contrôle est possible : cf. en ce sens CALHOUN, *Annales du congrès*, 1 st. Sess. 531; BURDICK, *Law of the American Constitution*, § 34 et sq.; S. E. BALDWIN, *The proposed trial of the former Kaiser*, 29 Yale Law Journal, 75-82; TUCKER, *Limitations on the Treaty Making Power* (1915); GORHAM RICE, *La constitutionnalité de la législation du travail aux E.-U.*, Rev. int. du travail, nov.-déc. 1926. Cependant quelques auteurs se sont montrés hostiles à cette thèse; cf. en ce sens : WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, p. 492-507; BUTLER, *Treaty Making Power of the U. S.*, n° 3; SUTHERLAND, *Constitutional Power and World Affairs*, 1919. En ce qui concerne la jurisprudence, cf. : *Geofrey v. Riggs*, 133 U. S. (1890), p. 258 (267); *Downes v. Bidwell*, 182 U. S. 244; et surtout *Missouri v. Holland*, 252 U. S. p. 416; cf. enfin *Asakura v. Seattle* (1924) U. S. p. 332-341.

22. Cf. sur ce point LAMBERT, *Gouvernement des juges*, p. 109 et sq.; *Marbury*, *The limitations upon the amending Powers* 33 Harv. L. Rev., p. 223-235, *Frieson*, *Amending the Constitution of the U. S. - A reply to M. Marbury*, 33, Harv. L. Rev., p. 659.

10. Cette étude sera divisée en deux parties. La première sera consacrée à la description et à l'analyse juridique du mécanisme américain du contrôle de constitutionnalité des lois. La seconde comprendra un exposé des formes que revêtent, en Amérique, les principales libertés individuelles. Ainsi, il sera possible de vérifier par les faits eux-mêmes la valeur de la méthode américaine de protection des libertés individuelles et de constater quelle a été son influence sur le milieu social.

PREMIÈRE PARTIE

Le mécanisme américain de protection des libertés individuelles

PREMIÈRE PARTIE

Le mécanisme américain de protection des libertés individuelles

11. Caractère du contrôle américain de la constitutionnalité des lois; plan de la première partie.

11. Le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas seulement une méthode de protection des libertés individuelles. La perfection de son mécanisme, l'étendue de son action sur le droit public, enfin, le rôle primordial qu'il réserve au pouvoir judiciaire l'élèvent au niveau d'une véritable méthode de gouvernement. Aussi bien, l'on a dit qu'il constituait un « gouvernement des juges ».

Le sens de cette expression mérite d'être précisé.

Parfois, elle est prise dans une acception défavorable. Alors, on juge excessifs les pouvoirs exercés par les juges en Amérique; on estime qu'ils créent une nouvelle oligarchie et qu'ils conduisent à la tyrannie et au despotisme de l'un des organismes de l'Etat. Cette opinion est assez répandue aux Etats-Unis; notamment, elle existe dans les milieux ouvriers. Disons de suite qu'il ne nous est pas donné de la partager.

Pour nous, l'expression gouvernement des juges possède une autre signification. Elle indique quel stade le système politique américain a atteint dans l'évolution générale des sociétés. Il est aujourd'hui presque banal de rappeler que les Etats, autrefois soumis à une organisation arbitraire, se sont peu à peu rationalisés : l'activité des gouvernants, exercée jadis en toute liberté, est aujourd'hui soumise au droit. On exprime cette idée en disant que les Etats vivent désormais sous un régime de légalité. Or, il nous apparaît que le « gouvernement des juges »,

tel qu'il est pratiqué en Amérique, réalise la forme la plus parfaite qui soit de ce régime.

D'ailleurs, la suite de cette étude démontrera clairement l'exactitude de ce point de vue. L'effort que constitue le gouvernement des juges, en vue de réaliser un régime de droit, se manifeste de deux façons :

A) En premier lieu, *par le mécanisme même du contrôle de constitutionnalité des lois*. En Amérique, ce mécanisme se présente de la façon suivante : D'une part, la protection des libertés individuelles est assurée par des clauses constitutionnelles comme le *due process* (chap. I^{er}), la *clause des contrats* ou la *clause d'égalité* (chapitre II). D'autre part, ces libertés ne sont pas absolues; le droit américain reconnaît à l'Etat le pouvoir d'y porter quelques atteintes nécessaires en vertu du *police power* (chapitre III) ou des pouvoirs d'*eminent domain* ou de *taxation* (chapitre IV).

Une semblable organisation suppose des conflits incessants entre les particuliers invoquant leurs droits reconnus et l'Etat qui prétend leur imposer une réglementation. Or, en Amérique, la solution de ces conflits appartient au pouvoir judiciaire; c'est ce dernier qui, grâce à la *règle de raison*, détermine en toutes hypothèses les domaines respectifs des droits individuels et des pouvoirs de l'Etat (chapitre V).

B) En second lieu, l'effort de réalisation d'un régime de droit se révèle *dans la procédure de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité des lois* : Dans le but d'assurer aux droits individuels une protection vraiment forte, le droit américain a mis à la disposition des particuliers deux procédures leur permettant de faire appel aux garanties constitutionnelles. Ces procédures sont : la voie classique de l'*exception* (chapitre I^{er}) et l'*injonction* (chapitre 2).

SECTION I

***ÉTUDE ANALYTIQUE DU MÉCANISME
DE PROTECTION
DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES***

CHAPITRE PREMIER

LE DUE PROCESS

I. *Introduction.* — 12. Caractère traditionnel du *due process*; sens général de son évolution historique.

II. *Evolution historique du due process.* — 13. L'origine anglaise du *due process*: la *law of the land*. — 14. La conception du *due process* dans le droit colonial américain. — 15. Le *due process* et les Constitutions d'Etats particuliers antérieures à la Constitution fédérale. — 16. Le *due process* dans le droit américain moderne.

III. *La signification moderne du due process.* — 17. Conceptions erronées du *due process*. — 18. Contenu du *due process*. — 19. Eléments de forme. — 20. Eléments intéressant le fond du droit.

I

12. L'un des caractères les plus remarquables du droit anglais est le traditionalisme. En Angleterre, en effet, la pensée juridique témoigne d'un respect tout spécial pour les règles anciennes; elle ne les abandonne qu'à la dernière extrémité, ou, plus volontiers encore, elle les oublie sans vouloir formellement les abroger.

D'autre part, elle cherche sans cesse à établir entre le passé et l'avenir un lien qui n'est point nécessairement

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of the American Constitution*, pp. 148-157, 230-236, ch. 21-22, secs. 237-246, 254-258; L. B. EVANS, *Cases on Constitutional Law*, 953-958; R. L. MOTT, *Due Process of Law*, ch. 5, 7, 10, 11, 12, 13, 14; MC GEHEE, *Due Process of Law*, C, L, 1-2 et ch. 3, cf. également pp. 192-255; TAYLOR H., *Due Process of Law*, pp. 1-70, ch. 7, ch. 14-16, 23; HALL J. P., *Constitutional Law*, pp. 111-128, 131-138; COOLEY, *Constitutional Limitations*, ch. XI; FLACK H. E., *Adoption of the XIV^e Amendment*, ch. 2; COLLINS C. W., *XIV^e Amendment and the States*; CORWIN E. S., *Doctrine of Due Process of Law before the Civil War*, 24 Harvard L. R. (Mr. Ap. 1911), 366-460; BIRD R. E., *Decay of Personal Rights and Guarantees*, 18 Yale L. J. (F. 1909), 250; KALES A. M., *New Methods in Due Process Cases*, 12 Am. Pol. Sc. Rev. (My. 1918), 341; HOUGH C. M., *Due Process-Today*, 32 Harv. L. R. (Ja. 1919), 218.

b) Textes judiciaires : *Davidson v. New Orleans*, 96 U. S. (1878), 97; *Pennoy v. Neff*, 95 U. S. (1877), 714; *Hess v. Pawloski*, 274 U. S. (1927), 352; *State Tax on Foreign Held Bonds*, 15 Wallace (U. S. 1873), 300; *Frick v. Pennsylvania*, 268 U. S. (1925), 473, *Rhode Island Hospital v. Doughton*, 270 U. S. (1926), 69; *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.*, 18 How. (U. S. 1856), 272; *Hurtado v. California*, 110 U. S. (1884), 516; *Twining v. New Jersey*, 211 U. S. (1908), 78; *Hagar v. Reclamation District Co.*, 111 U. S. (1884), 701; *Frank v. Mangum*, 237 U. S. (1915), 309; *Connally v. General Construction Co.*, 269 U. S. (1926), 385; *Moore v. Dempsey*, 261 U. S. (1923), 86; *Cooke v. U. S.*, 257 U. S. (1925), 517; *Tumey v. Ohio*, 273 U. S. 510.

logique; mais qui, plus souvent, est inspiré directement par les faits. Par là, le droit anglais apparaît aussi comme fondé sur l'expérience; il contient peu de principes théoriques. Droit essentiellement pratique, les règles qu'il édicte sont le produit de l'observation des circonstances passées. C'est dans l'histoire que sont cherchées les règles qui seront appliquées aux événements futurs.

Cette méthode d'élaboration juridique n'est pas demeurée un monopole pour le droit anglais. Elle fut importée par les colons britanniques aux Etats-Unis d'Amérique, dans le Canada, en Australie, en Afrique du Sud, et ainsi fut créée une véritable communauté juridique, le bloc anglo-saxon.

La tradition juridique, reçue d'Angleterre par ces pays neufs, était si forte, qu'elle devait résister aux plus dures épreuves. L'histoire de la grande République américaine est là pour témoigner que même la rupture définitive des liens politiques unissant la métropole et ses colonies ne suffisait pas à entraîner l'abandon par ces dernières des usages anciens. Le droit américain demeure donc, de même que le droit anglais, un droit conservateur et traditionnel.

Aussi convient-il de ne pas être étonné, lorsque l'on entreprend l'étude d'une institution américaine comme le *due process*, de constater la contribution considérable qu'y apporta le droit anglais. Sans doute, la conception du *due process* dans le droit américain moderne diffère profondément de la conception équivalente du vieux droit anglais. Il n'en demeure pas moins que la notion américaine est l'héritière directe de la notion anglaise primitive et que l'évolution de sept siècles qui mène de l'une à l'autre a été continue.

Cette évolution mérite une attention spéciale. Elle présente deux particularités remarquables :

La première tient à sa durée même : Il est, à notre connaissance, peu d'institutions dans l'histoire du droit qui puissent partager avec le *due process* l'honneur d'une si longue carrière.

En second lieu, cette même évolution permet de dégager une règle ayant une portée quasi universelle. Au cours de son histoire, le *due process*, garantie d'abord purement

formelle des droits individuels, s'enrichit; des éléments nouveaux viennent sans cesse s'agréger à lui. Peu à peu, il cesse d'être exclusivement une procédure; il se transforme en un véritable corps de doctrine, extrayant de la pensée juridique américaine tout le suc utilisable en vue de la fin qu'il poursuit. Cette transformation correspond à une nécessité. Dans les sociétés évoluées, en face de la complexité extrême de la vie, le rite ne suffit plus à protéger de façon efficace l'individu; il faut désormais dégager la tendance et l'esprit même des choses. Un maître américain à qui nous devons beaucoup, le professeur C. G. Haines, a fort bien systématisé cette évolution du *due process* en une double formule. « A l'origine celui-ci ne constituait, dit-il, qu'une limitation formelle des pouvoirs étatiques, une *procedural limitation*; à l'heure actuelle, il est devenu une limitation abstraite et générale, une *general limitation*. »

Ainsi, l'étude que nous entreprenons fournit un exemple remarquable du sens selon lequel évoluent la pensée et les institutions juridiques, sens unique qui va du concret à l'abstrait, du particulier au général, de la forme vers le fond.

II

13. Tous les auteurs américains, ainsi d'ailleurs que les Cours américaines dans l'exercice de leur fonction constitutionnelle, admettent que l'origine du *due process* doit être recherchée dans le droit anglais. Cette opinion est formulée avec une autorité particulière par le juge Miller. Celui-ci, donnant l'avis de la Cour dans le cas *Davidson v. New Orleans*¹, déclare : « L'interdiction de priver un citoyen ou un sujet de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans *due process* n'est pas nouvelle dans l'histoire constitutionnelle de la race anglaise. Elle n'était pas nouvelle dans l'histoire constitutionnelle de notre pays et n'était pas nouvelle non plus dans la Constitution des Etats-Unis, lorsqu'en 1866 elle devint en partie le quatorzième amendement... L'équivalent de la phrase *due process of law* se trouve, d'après lord Coke, dans l'expression *law of the land* de la Grande Charte, en rapport

1. 96 U. S. 97.

avec le *writ d'habeas corpus*, le jugement par le jury et les autres garanties accordées au sujet contre l'oppression de la Couronne... »

Ainsi, le *due process* américain dériverait directement de la « loi de la terre » anglaise. Cette filiation n'est pas, d'ailleurs, admise par les Américains seulement. Elle résulte des textes anglais eux-mêmes. En effet, si la Grande Charte du roi Jean de 1215, où l'on trouve pour la première fois dans la littérature juridique anglaise l'expression « loi de la terre », ne parle pas du *due process*, d'autres textes, plus récents, mentionnent indifféremment l'un ou l'autre. Tel est le cas des lois édictées par Edouard III en faveur de ses sujets. Tel est également le cas de la pétition des droits de Charles Firstday, où l'on trouve le vœu suivant : « Les hommes libres ne devront être emprisonnés ou détenus qu'en vertu de la loi de la terre ou en vertu du *due process*². »

La loi de la terre anglaise eut une formation lente et progressive. Son contenu est bien différent au XVIII^e siècle de ce qu'il était à l'époque de la Grande Charte. Si nous voulions retracer dans le détail l'histoire de la loi de la terre en droit anglais, il nous faudrait rappeler les longues luttes qui opposèrent pendant des siècles le pouvoir absolu au Parlement. L'histoire de la formation de la loi de la terre est au fond l'histoire même du développement des libertés individuelles anglaises. Bien entendu, il ne peut être question, dans cette étude, de décrire minutieusement cette longue évolution; il importe cependant d'en marquer les étapes principales³.

La loi de la terre fait son apparition en Angleterre dès 1215, dans la Grande Charte. Mais ce n'est que plus tard, d'abord sous la monarchie des Tudors, puis sous les Stuarts, que les événements historiques viennent favoriser son développement. Les Stuarts, particulièrement, par-

2. BURDICK, *l. c.* § 230.

3. Pour plus de détails sur l'histoire de la loi de la terre dans le droit anglais, cf. : WILLIAM STUBBS, *Constitutional History of England* (Oxford, 1896); vol. I, secs. 151-154; W. S. Mc KECHNIE, *Magna Carta* (Glasgow, 1905), pp. 19-47; C. H. Mc ILWAIN, *Due process of law in Magna Carta*, *Columbia L. Rev.*, vol. XIV (janv. 1914), pp. 26-52; G. B. ADAMS, *Constitutional History of England* (N. Y., 1921), pp. 121-130; GNEIST, *History of the England Constitution*, vol. I, notamment p. 302; MOTT, *l. c.*, Part. I; BURDICK, *l. c.*, § 230.

tisans convaincus de l'autorité absolue à leur profit, se livrèrent à nombre d'actes arbitraires. Ces actes suscitèrent des passions vives, des protestations véhémentes, bref, créèrent un état d'agitation et de fermentation dont la loi de la terre fut le principal bénéficiaire. Les événements de 1628 et l'arrestation arbitraire des frères Knights eurent aussi sur l'évolution de notre institution une action très marquée.

Mais il faut réserver une place tout à fait spéciale dans l'histoire des libertés individuelles anglaises à lord Coke. Son influence fut considérable et son nom doit être associé au mouvement libéral anglais. En 1628, à l'époque même des événements que nous venons de relater, il fit paraître ses fameuses *Institutes* ou *Commentaires de la Grande Charte*. Cet ouvrage, auquel on a pu adresser des critiques justifiées au point de vue historique, eut en Angleterre un retentissement considérable. Il fut considéré comme le commentaire le plus autorisé de la Grande Charte et, jusqu'à la publication du livre de Blackstone⁴, n'eut à supporter aucune rivalité.

L'action de lord Coke, d'ailleurs, ne devait pas demeurer purement doctrinale : Juge d'une grande Cour anglaise, il réussit, grâce à ses décisions, à faire passer dans le *common law* la plupart de ses conceptions. D'autre part, en raison de la notoriété qu'il s'était acquise, il siégea au comité réuni pour rédiger la pétition des droits. Il en devint rapidement le membre le plus influent et, ainsi, collabora à ce document fameux qui peut être considéré comme la première interprétation officielle de la Grande Charte depuis Edouard III.

Cependant, malgré la pression des faits, malgré les efforts de lord Coke, la loi de la terre n'atteignit jamais dans le droit anglais le point de perfection que devait connaître la clause correspondante du droit américain, le *due process*.

La loi de la terre présente en effet, en droit anglais, une double caractéristique :

a) En premier lieu, elle est surtout une garantie de pure procédure; le droit pénal y joue un rôle prépondérant

4. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England* (Cooley Chicago 1884 et 1^{re} édition Londres, 1765).

Ce trait ne doit pas surprendre; il s'explique par les circonstances mêmes qui ont accompagné l'apparition des libertés anglaises : Les luttes que nous avons rappelées brièvement, luttes qui ont préparé l'élaboration définitive du concept de loi de la terre dans le droit anglais, avaient surtout pour but d'empêcher l'accomplissement d'actes arbitraires, tels par exemple que des emprisonnements sommaires. En résumé, la loi de la terre avait pour but principal de garantir aux accusés « des jugements rendus en conformité avec les formes reconnues de procédure⁵ ».

Sans doute, on trouve chez les auteurs anglais, et notamment dans les *Institutes* de lord Coke, des passages qui indiquent qu'en plus des éléments de procédure, ceux-ci avaient bien envisagé que la loi de la terre pouvait se référer aux principes de fond du *common law* et qu'elle pouvait, par là même, devenir une garantie générale contre l'illégitime et l'injuste. Malheureusement, ce germe, qui aurait pu être fécond, ne s'est jamais pleinement développé.

b) En second lieu, la loi de la terre offre des garanties non pas contre l'arbitraire du Parlement, mais contre le souverain, titulaire du pouvoir absolu. La loi de la terre, transportée dans notre droit constitutionnel moderne, défendrait les individus contre le pouvoir exécutif et non contre le pouvoir législatif.

14. La conception anglaise de la loi de la terre pénétra de bonne heure dans le droit colonial américain⁶. Les émigrés anglais cherchèrent à introduire, soit dans leurs lois nouvelles, soit dans les chartes qui les liaient à la métropole, des clauses protectrices de leurs libertés. Parmi elles, le *due process* occupe la place la plus importante.

Mais, dans ce droit primitif de l'Amérique, il reste peu développé : la procédure y joue encore le rôle dominant. C'est ce que révèle l'étude des faits historiques; dans la plupart des cas où fut invoqué le *due process*, les éléments formels qu'il contenait furent seuls mis en œuvre.

Ce fut ce qui arriva notamment dans l'affaire fameuse

5. MOTT, *l. c.*, § 26.

6. Cf. sur ce point : MOTT, *l. c.*, Part. III; P. S. REINSCH, *English Common Law in the Early American Colonies* (Madison, 1899).

des quakers du Maryland⁷. Ceux-ci, invoquant leurs croyances religieuses, refusaient de prêter serment devant les Cours de justice. Leurs convictions étaient si absolues et si fortes qu'il ne fallait pas songer à obtenir d'eux le moindre acte de bonne volonté, le moindre effort de transaction ; c'est dans ces conditions que l'on fit appel à l'assemblée. On lui demanda de voter une loi permettant de remplacer le serment régulier par une simple affirmation. On pensait, par ce détour, éviter toute difficulté, car en fait, chez des gens d'honneur comme l'étaient les quakers, une affirmation solennelle devait présenter une valeur suffisante. Mais cette réforme éventuelle se heurtait aux principes traditionnels ; les représentants du Maryland se demandèrent avec anxiété si la procédure nouvelle n'allait pas violer le *due process* et la Grande Charte. A l'unanimité, ils déclarèrent que le *due process* exigeait le serment solennel ; le projet fut rejeté.

Un autre domaine, où les coloniaux eurent maintes fois l'occasion de faire appel aux garanties contenues dans le *due process*, fut celui de la taxation. Ce fut dans le domaine fiscal que s'engagea, en premier lieu, la lutte contre la métropole. Dans ce cas, le terrain paraissait favorable à une extension du *due process* : Lorsque les colons discutaient de la régularité juridique des taxes qui leur étaient imposées, ils n'étaient pas loin de discuter la légitimité de la taxe elle-même et de passer ainsi de l'examen d'une règle formelle à l'examen des principes eux-mêmes. Malheureusement, ils ne le firent pas. La lutte des coloniaux contre le pouvoir de taxation de la métropole ne devait pas rester seulement une lutte juridique ; des éléments politiques allaient intervenir presque immédiatement et transporter le débat du terrain du droit sur le terrain des faits.

Cependant, malgré le domaine restreint et presque exclusivement formel où il se tint, le droit colonial eut dans le développement de la notion de *due process* un rôle qui n'est pas négligeable :

D'abord, il affirma avec une force particulière la nécessité d'un jugement régulier par le jury.

7. Cf. MOTT, *l. c.*, § 39 ; W. H. BROWNE, *Archives of Maryland* (Baltimore, 1883), vol. I, pp. 436-437.

Ensuite et surtout, il dégagea avec précision les règles qui devaient présider à l'accusation. Pour être régulière, cette dernière devait comporter une *notice*, c'est-à-dire l'indication écrite des faits reprochés à l'accusé. En second lieu, il devait être procédé à une *hearing*, c'est-à-dire à une audition de l'accusé en personne. Enfin, l'acte d'accusation, qui terminait la procédure, devait être émis par un grand jury; ce dernier, par sa constitution, fournissait à l'inculpé une garantie efficace. Dans chacune de ces étapes la procédure était conduite selon les principes du *common law*.

Dès cette époque d'ailleurs, certains coloniaux avaient compris l'intérêt qu'il y aurait eu à développer le *due process* dans un sens plus fécond. Ils entrevoyaient la possibilité de le considérer comme une protection générale contre l'arbitraire du gouvernement, comme un moyen d'empêcher la violation des droits acquis et de neutraliser l'exercice tyrannique des pouvoirs de police. Mais leur conception ne parvint pas à triompher. L'ensemble de la population et de nombreux juristes eux-mêmes ne surent voir dans le *due process* autre chose qu'une garantie de procédure de valeur quelque peu accessoire. Cela d'ailleurs se comprend fort bien : au milieu du XVIII^e siècle, les conditions de la vie sont particulièrement simples dans les pays neufs. Le plaignant dans sa ferme est isolé; il n'a que des rapports lointains et difficiles avec les pouvoirs publics auxquels il est soumis. Dans ces conditions, la nécessité d'une protection perfectionnée de ses droits individuels ne lui apparaît pas. Au demeurant, les occasions d'affirmer et de développer des idées sont rares et le milieu colonial américain est exempt de ces fermentations psychologiques qui sont le prélude obligé de toute modification intellectuelle ou sociale.

Il faut attendre les toutes dernières années de l'époque coloniale pour voir apparaître un changement dans cet état de choses. A la veille de la guerre d'Indépendance, une transformation apparaît très nettement dans la mentalité américaine. Les esprits s'animent; les idées circulent. Sur le terrain juridique, les moyens de protection des intérêts privés font l'objet de débats passionnés. A cette époque, comme le dit très justement le professeur Mott, « l'interpré-

tation de la clause de *due process* devient... la propriété de chacun et le terrain est ainsi préparé pour son incorporation dans la loi fondamentale de la nation américaine⁸ ».

15. Cet état d'esprit eut une conséquence immédiate. Il incita, lors de la confection des Constitutions particulières d'Etats, les membres des conventions constitutionnelles à inscrire le *due process* dans la rédaction qu'ils préparaient⁹. Aussi, la plupart des Constitutions particulières font-elles mention dans leur texte du *due process*. Mais elles n'y insistent point. Comme, d'autre part, dans la très grande majorité des cas, ces textes constitutionnels ont été adoptés sans amendement ni discussions (sur ce point du moins), il est assez difficile de savoir exactement quelle idée précise les constituants d'alors avaient du *due process*. Ce qui reste le plus probable, c'est qu'à leurs yeux les termes *due process of law* avaient fait l'objet, pendant la déclaration d'indépendance, de tant de débats qu'ils devaient désormais être considérés comme pourvus d'une signification claire et définitivement fixée par la tradition. Pour eux, le *due process* est encore une garantie de procédure.

16. C'est seulement avec le droit américain moderne que le *due process* devait franchir une étape nouvelle, ajouter à son sens formel une signification plus profonde et devenir ainsi la garantie par excellence des libertés américaines.

Remarquons cependant que, dans sa rédaction primitive, la Constitution fédérale des Etats-Unis ne fait aucune place à l'institution du *due process*. Celle-ci n'apparaît que plus tard dans deux amendements : en 1791, dans le V^e; en 1868, dans le XIV^e.

Ces deux textes ont donc, pour notre étude, une importance primordiale : le V^e amendement stipule que « dans aucune affaire criminelle, nul ne pourra être contraint de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans *due process of law* ». Soixante-dix-sept-ans plus tard, le XIV^e amendement reprend les mêmes formules et prévoit qu'« aucun Etat ne pourra

8. MOTT, *l. c.*, p. 124.

9. Cf. MOTT, *l. c.*, chap. X; A. H. SHEARER, *List of Documentary Material Relating to State Constitutional Conventions, 1776-1912* (Chicago, 1912).

priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans *due process of law* ».

Ainsi deux passages de la Constitution organisent successivement et en termes semblables la même garantie. Pourquoi cette précaution répétée?

En réalité il n'y a pas là, comme on pourrait le croire, répétition pure et simple. Nous nous trouvons seulement en présence d'une particularité propre aux Constitutions du type fédéral. Le citoyen américain est à la fois le sujet de l'Etat fédéral et le sujet de son Etat particulier. S'il habite New-York par exemple, il est soumis à la fois à la législation du Congrès des Etats-Unis et à celle de la législature de l'état particulier de New-York. Si donc l'on veut lui assurer une garantie complète et efficace, il faut le protéger à la fois contre les atteintes que pourraient apporter à ses droits l'Etat fédéral et contre celles qui pourraient provenir des législations d'Etats particuliers. Cette double garantie se trouve assurée par le jeu combiné du V^e et du XIV^e amendement. Le premier de ces textes défend le citoyen contre les abus que pourrait commettre l'Etat fédéral, le second le défend contre l'Etat particulier.

Mais ceci dit, nous devons constater que ces deux amendements sont fort brefs en leurs explications. S'ils nous indiquent l'étendue de la protection fournie aux particuliers par le *due process*, ils ne précisent pas en quoi consiste cette protection. C'est ailleurs que dans les textes constitutionnels qu'il faut chercher des précisions à cet égard.

Ces précisions, nous les trouverons dans la jurisprudence des Cours américaines. Celles-ci, cependant, n'ont utilisé que relativement tard la clause de *due process* : Alors que, dès 1791, elle pénétrait dans la Constitution fédérale, ce n'est qu'en 1855 qu'elle est, pour la première fois, invoquée dans un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, rendu dans le cas *Murray v. Hoboken Land & Improvement Co*¹⁰. Puis, jusque vers 1868, elle n'est plus citée que par de très rares décisions. Cependant, à cette époque, elle prend soudain une extension considérable, qui en quelques décades lui donne une importance prépon-

10. 18 How. (U. S.), 272.

dérante dans les cas constitutionnels. Quels événements, donc, se sont déroulés vers 1868, qui puissent justifier et expliquer ce développement soudain ?

1868 est, dans l'histoire américaine, une très grande date. Cette année est celle où parut le grand ouvrage de Cooley, les « *Limitations constitutionnelles* » ; elle marque aussi le début d'une ère nouvelle dans l'évolution économique et sociale des Etats-Unis ; enfin, elle est l'année de la promulgation du XIV^e amendement. Il n'est donc pas étonnant que les événements d'ordre à la fois doctrinal, économique et juridique qui la remplirent aient laissé une empreinte profonde dans la jurisprudence américaine et particulièrement dans le droit du *due process*.

a) L'influence exercée par les *Limitations constitutionnelles* de Cooley sur le concept de *due process* fut considérable. Elle mérite d'autant plus d'être soulignée qu'elle revêt un caractère exceptionnel ; il est rare, en effet, dans le droit américain, et particulièrement dans le droit de cette époque, d'avoir à constater une action réelle exercée par la doctrine sur la jurisprudence. Les auteurs américains créent peu ; plus souvent ils organisent et systématisent les solutions déjà acquises. Cooley, au contraire, transforma véritablement les idées qui avaient cours alors en matière de *due process*.

Pour les auteurs américains antérieurs, la clause du V^e amendement « se comprenait si facilement qu'elle ne nécessitait aucune explication¹¹ ». Si certains, cependant, voulaient arriver à plus de précision et cherchaient, dans leurs commentaires, à établir une définition du *due process*, ils se bornaient généralement, selon la forte expression du professeur Mott, « à répéter les platitudes traditionnelles en usage depuis Coke ou Blackstone¹² ». Cooley, rompit avec cette tradition moutonnaire. Renonçant à chercher, comme ses prédécesseurs, son inspiration dans la philosophie politique, il s'astreignit à demeurer dans le domaine du droit pur. Dans son ouvrage, il groupa, dans un ordre logique, toutes les décisions jurisprudentielles intéressant le *due process*, et, systématisant l'œuvre jus-

11. A. W. YOUNG, *Introduction to the Science of Government* (Auburn and Buffalo, 1854), 1^{re} éd., 1839, p. 190.

12. MOTT, *l. c.*, p. 179.

qu'à lui disséminée des Cours, il constitua une liste complète à son époque des cas d'application du *due process*. Sur cette base, il parvint à constituer une véritable théorie générale : Le premier il proclame que la clause de *due process* est une limitation imposée à toutes les branches du gouvernement; un des premiers, aussi, il souligne les rapports qui existent entre le *due process* et le *common law*; c'est à lui enfin que l'on doit la formule, fameuse dans le droit américain, « le *common law* doit être le guide, mais non le maître¹³ ». Ses idées regurent une diffusion extraordinaire non seulement en raison du succès que connut l'ouvrage qui les contenait, mais aussi grâce à l'action personnelle de l'auteur qui, professeur dans plusieurs écoles fameuses, devint par la suite président de la Cour suprême du Michigan¹⁴.

b) Les idées doctrinales de Cooley trouvèrent d'ailleurs un terrain favorable dans le milieu économique et social du moment. En 1868, nous sommes à la fin de la guerre de Sécession, à l'aube d'une période de bouleversement économique et industriel. A cette époque, l'industrie américaine a trouvé les conditions de calme nécessaires à son développement : protégée par de hauts tarifs douaniers, elle connaît une ère de prospérité innouïe. L'emploi de

13. COOLEY, *Constitutional Limitations*, p. 509.

14. Cooley est l'auteur qui, en Amérique, domine la doctrine tout entière. D'autres auteurs ont cependant apporté à l'étude du *due process* une contribution importante. Il convient notamment de citer : 1° Parmi les prédécesseurs de Cooley : a) certains auteurs qui ont vu dans le *due process* une simple garantie de procédure. Ce sont entre autres : YOUNG, l. c.; cf. notamment p. 190; J. BAYARD, *Exposition of the Constitution* (Phila., 1839), cf. p. 151; FURMAN SHEPPARD, *Constitutional Text Book* (Phila., 1858), cf. p. 250; et, suivant leur tradition, de suite après Cooley : JOHN KING, *Commentary on the law and True Construction of the Federal Constitution* (Cincinnati, 1871), cf. p. 329. b) D'autres au contraire qui, en précurseurs, considéraient que le *due process* était plus qu'une simple protection de procédure; tels sont : JOHN ADAMS, *Defense of the Constitutions of Government of the U. S. of America* (3d ed., Phila., 1797), cf. vol. I, pp. 123, 124; JAMES KENT, *Commentaries on American Law* (N.-Y., 1826), vol. II, p. 12.

2° Parmi les auteurs postérieurs à Cooley, il convient de citer DESTY *American Law of Taxation*, (St-Paul, 1884) notamment vol. II, pp. 749-752 qui insiste trop sur l'élément procédural du *due process*; H. E. MILLS *Law of Eminent Domain*, (St-Louis, 1888); C. F. RANDOLPH *Law of Eminent Domain*, (Boston, 1894); BRANNON *Fourteenth Amendment*, pp. 148-160; GRAY *Limitations of the Taming Power*, 1906; W. H. PAGE and PAUL JONES, *Treatise on the Law of Taxation by local and special Assessments* (Cincinnati, 1909); PH. NICHOLS, *Power of Eminent Domain* (Boston, 1909); mais surtout : C. R. PENCE, *The Construction of the Fourteenth Amendment*, *Am. L. Rev.*, vol. 25, pp. 536, 550; R. P. REEDER, *The Due Process Clause and the Substance of Individual Rights*, *Univers. of Penn. L. Rev.*, vol. 59, pp. 191, 218; FREUND, *Police Power*, 1906; HALL, l. c.; MOTT, l. c.

la machine se généralise, les chemins de fer apparaissent; c'est l'âge de la « poussée vers l'ouest ». Les rois du rail Hill et Harriman, encouragés par le *Homestead Act*, construisent sans cesse; ils luttent de vitesse pour atteindre en premier la côte du Pacifique. D'immenses étendues de terres fertiles et riches en matières premières sont ainsi mises à la disposition de la population américaine, que vient grossir un courant d'immigrants chaque année accru. L'activité développe la richesse et une classe nombreuse de capitalistes apparaît. C'est alors que ceux-ci, désireux de maintenir leur situation récemment acquise et quelque peu alarmés par le développement d'une tendance marquée vers le socialisme d'Etat, font pression sur les Cours, leur demandant d'appliquer dans un sens plus compréhensif les garanties prévues par la Constitution.

c) Il se trouva enfin que l'action conjuguée sur les juges de l'œuvre de Cooley et des transformations économiques et sociales coïncida avec un événement juridique de première importance, l'adoption du XIV^e amendement. Aucune réforme constitutionnelle n'avait encore fait naître en Amérique autant d'espoirs. Le but direct et immédiat de l'amendement était déjà considérable : par lui les prescriptions du XIII^e amendement se trouvaient rajeunies et l'esclavage définitivement aboli. Mais ce résultat ne suffisait pas à certains partis politiques qui poursuivaient des visées plus grandioses. Pour eux, le XIV^e amendement devait entraîner un véritable bouleversement dans l'organisation politique américaine; il devait permettre de réaliser une soumission plus étroite des Etats particuliers à l'Union et notamment il devait laisser exclusivement à cette dernière le soin de protéger et de faire respecter les libertés individuelles. Si le principe de cette réforme avait été admis, le *due process* eût pu prendre immédiatement une extension considérable; la Cour suprême fédérale, dans son rôle exclusif de gardienne des droits privés, lui eût sans doute donné rapidement une signification largement compréhensive; mais cette conception hardie ne parvint pas à triompher. Dans le *cas fameux des boucheries*¹⁵, la Cour suprême des Etats-Unis se prononça

15. *Slaughter House Cases*, 16 Wall. (U. S.), 36.

en faveur d'une interprétation étroite du XIV^e amendement. Elle avait, en l'espèce, à déterminer si un monopole, garanti à une compagnie par un Etat particulier, pouvait être protégé par le *due process* du XIV^e amendement. L'admettre, c'était autoriser désormais l'Etat fédéral à empiéter sur un terrain réservé jusqu'alors à la compétence de l'Etat particulier. La Cour hésita à engager la jurisprudence dans cette voie nouvelle. Le juge Miller, qui rendit l'arrêt, se refusa à admettre l'extension des pouvoirs de l'Union. Il déclara que le XIV^e amendement avait seulement pour but de protéger les nègres et non pas de placer sous le contrôle de la Cour fédérale « le royaume entier de la protection des personnes et des biens ». Ainsi, pour ne pas consacrer un changement radical dans l'organisation constitutionnelle de l'Amérique, la majorité de la Cour écartait le *due process* d'un champ d'action où il se fût plus librement épanoui. Tous les juges, cependant, ne partageaient point cet avis. Quatre d'entre eux sur neuf déclaraient, par l'organe du juge Field, que le but du XIV^e amendement était de protéger les citoyens des Etats-Unis contre la privation de leurs droits *par le fait de la législature d'Etat*. Cette opinion, cependant, devait rester longtemps sans écho. Pendant dix ans, la Cour Fédérale découragea systématiquement les plaideurs invoquant devant elle le XIV^e amendement en faveur de leurs droits méconnus. De 1877 à 1885, on ne trouve que 26 cas qui fassent application du XIV^e amendement; encore parmi eux la plupart sont-ils de minime importance. D'autre part, pendant cette même période, la Cour confirma à deux reprises, dans *Munn v. Illinois*¹⁶ et dans *Missouri Pacific Ry. v. Humes*¹⁷, la jurisprudence du cas des boucheries et elle n'hésita pas à proclamer qu'« elle n'était pas un port où l'on puisse trouver un refuge contre tout acte émanant d'une législation inopportune et oppressive ».

Ainsi l'opinion du juge Field semblait vouée à un oubli définitif. Elle avait cependant pour elle une grande force : elle était le reflet d'un besoin de protection vivement ressenti par la population. Les plaideurs ne se décourageaient

16. 94 U. S. 113.

17. 115 U. S. 512.

pas. Sans cesse, ils envoyaient devant la Cour suprême de nouveaux litiges où la clause de *due process* était invoquée. Leur insistance devait finalement avoir raison de la réserve des juges.

En 1886¹⁸, le président Waite, parlant au nom de la Cour, se ralliait à l'opinion dissidente de Field. La tendance de la jurisprudence se trouvait ainsi renversée et, recrutée particulièrement précieuse, le juge Gray, qui jadis s'était joint à la majorité dans *Munn v. Illinois*, approuvait le *dictum* de Waite et le proclamait « une règle générale de droit ». En 1890, le juge Blatchford devait accuser encore, dans le cas *Chicago Milwaukee a. St. Paul R. Co v. Minnesota*¹⁹, la jurisprudence instaurée par Waite.

Vers la fin du XIX^e siècle, par conséquent, le concept de *due process* est entré dans une voie extensive. Désormais les Cours vont l'enrichir d'éléments nouveaux; c'est alors qu'aux éléments de procédure, que seuls il comptait jusque là, vont s'agréger des éléments intéressant le fond du droit. Par là, la conception de procédure régulière va gagner en amplitude et en profondeur; elle va s'élever jusqu'aux notions abstraites de légitimité et de droit naturel.

C'est à l'issue de cette évolution que nous devons chercher à définir le *due process* et à énumérer les éléments qu'il comporte dans le dernier état du droit américain.

III

17. Deux conceptions erronées du *due process* doivent tout d'abord être écartées. La première est celle qui assimilerait la procédure régulière de la loi à la procédure édictée par la législature; la seconde est celle qui verrait exclusivement en elle le respect des usages établis.

1. La première de ces deux conceptions contient un danger véritable²⁰. Admettre que la procédure protectrice des droits individuels n'est autre que la procédure législative serait abandonner purement et simplement l'individu à l'arbitraire législatif. Pourrait-on, dans ces conditions, considérer comme efficace une protection qui

18. *Stone v. Farmers Loan a. Tr. Co*, 116 U. S. 307.

19. 134 U. S. 418 à 458.

20. Cf. sur ce point BURDICK, *l. c.*, § 231; MOTT, *l. c.*, ch. XII.

serait laissée ainsi à la merci du vote d'une assemblée?

Ce danger est d'autant plus grand que cette conception erronée semble être justifiée par la terminologie en usage. De fait, l'erreur est si naturelle qu'elle a été commise par les Cours américaines elles-mêmes. Dans les toutes dernières années du XVIII^e siècle et dans la première moitié du XIX^e, il est facile de trouver des arrêts qui, déclarent²¹ que « le *due process* est la procédure autorisée par la législature ». L'erreur même était alors poussée jusqu'à sa limite extrême. A cette époque, de nombreux arrêts admettent que le *due process* est une limite apportée au pouvoir exécutif, mais ils se refusent à déclarer que cette limite s'étend aussi au législatif. Un exemple caractéristique de cette attitude des Cours est fourni par le cas *Lindsay a. al. v. Commissioners*²². En l'espèce, il s'agissait pour les juges de se prononcer sur la validité d'une loi d'Etat prévoyant l'expropriation de terrains privés pour permettre le percement d'une rue. Les juges se gardèrent d'invoquer le *due process* contre un acte législatif. Ils proclamèrent la légalité de la mesure.

Cependant, dès cette époque ancienne, certaines voix s'élevèrent contre cette interprétation timide et erronée des textes. Dans *Bayard v. Singleton*²³, dans *Trustees of the University v. Foy*²⁴, dans *Hamilton v. Adams*²⁵, certains juges américains opposèrent le *due process* à l'action arbitraire des législatures. Mais leur action rencontra un obstacle presque insurmontable dans la passivité de leurs collègues. Ceux-ci, en effet, même convaincus de la régularité de la procédure d'annulation des actes législatifs préféreraient recourir à la voie détournée de la « construction » plutôt que de prononcer ouvertement l'inconstitutionnalité.

Il faut attendre le milieu du XIX^e siècle pour trouver dans les arrêts une réfutation formelle de ce qui, si longtemps, avait été l'opinion des Cours. En 1855, dans *Murray v. Hoboken Land*²⁶ la Cour déclara enfin : « La procédure que

21. 1 Hay. (N. Car., 1794) 28. Cf. MOTT, *l. c.*, p. 193 note 2.

22. 2 Bay. (S. Car., 1796) 38.

23. 1 Martin (N. Car., 1787) 48.

24. 1 Murphy (N. Car., 1805) 58, 3 Am. Dec. 672.

25. 2 Murphy (N. Car., 1812) 161.

26. 18 How. (U. S.) 272.

nous avons à examiner est une procédure légale (*legal process*); cela nous ne le nions pas. Elle fut réglée d'après un acte du Congrès. Mais est-ce *due process of law* ? La Constitution ne contient pas de définition de cette (dernière) procédure..., elle ne dit même pas quels sont les principes qui doivent être respectés pour que l'on puisse déclarer que l'on se trouve en présence du *due process*. Il est (cependant) certain que l'on n'a pas laissé au pouvoir législatif le droit de faire de telle procédure qui lui plairait *due process*. L'article de la Constitution (le V^e amendement) est une restriction apportée au pouvoir législatif aussi bien qu'au pouvoir exécutif et au pouvoir judiciaire; il ne peut pas être considéré comme laissant au Congrès la liberté de faire, par sa seule volonté, de toute procédure un *due process*. »

En 1877, alors que le XIV^e amendement était voté, la Cour suprême eut à nouveau à se prononcer sur la même question dans *Davidson v. New Orleans*²⁷. Elle le fit avec la même clarté : « Lorsque, dit-elle, en l'an de grâce 1866,... l'on incorpora à la Constitution des Etats-Unis un amendement (le XIV^e) déclarant qu'aucun Etat ne devait priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans *due process of law*, cela signifiait-il qu'un Etat pouvait rendre une procédure conforme au *due process*, si dans ses lois il exprimait la volonté de la déclarer telle ? Soutenir cette thèse conduirait à penser que la prohibition faite aux états serait sans valeur et qu'elle ne pourrait s'appliquer lorsque les droits individuels seraient violés par l'Etat lui-même dans sa législation. »

Enfin, en 1884, une nouvelle affirmation de la possibilité de limiter l'activité législative par le *due process* était donnée par la Cour suprême dans *Hurtado v. California*²⁸. « En Amérique, y était-il dit, les Constitutions écrites ont toujours été considérées comme essentielles à la protection des droits et des libertés du peuple contre les abus des pouvoirs qui ont été délégués aux gouvernements... Tous les pouvoirs de gouvernement sont limités, le législatif comme l'exécutif ou le judiciaire. »

De nos jours, par conséquent, l'erreur, qui, au début du XIX^e siècle, avait abusé certaines Cours, n'est plus possible.

27. 96 U. S. 97.

28. 110 U. S. 516.

Le *due process*, loin d'être une simple émanation du pouvoir législatif, permet au contraire de contrôler ce dernier; il le limite.

2. Le caractère fortement traditionnel du droit américain sur lequel nous avons insisté au début de cette étude allait conduire certains juristes à commettre une seconde erreur. Pour eux, le *due process*, reflet sincère des tendances du droit américain, était avant tout une institution traditionnelle. Il permettait encore, à une époque contemporaine, d'appliquer les vieux principes du moyen âge anglais et les idées chères aux coloniaux du XVIII^e siècle. Il se présentait donc comme un moyen légitimant le maintien, dans le droit moderne, des règles anciennes. Bref, il se résumait en une clause de protection des usages établis.

Cette conception semble bien avoir pénétré l'esprit de certaines décisions jurisprudentielles. Dans le vieux cas *Murray v. Hoboken Land & Improvement Co*²⁹, les juges s'exprimaient ainsi : « A quels principes doit-on faire appel pour déterminer si la procédure adoptée par le Congrès est conforme au *due process*? Une double réponse peut être donnée à cette question. Il faut (d'abord) examiner la Constitution elle-même et rechercher si la procédure envisagée est en conflit avec une de ses dispositions. Si l'on ne trouve rien dans cette voie, il faut (ensuite) examiner les usages établis et les modes de procédure qui existaient dans le *common law* et dans le *statute law* de l'Angleterre avant l'émigration de nos ancêtres, usages qui n'ont pas été considérés comme incompatibles avec les conditions de la vie civile et politique et qui ont été adoptés par eux après l'établissement de l'Amérique. » Quelques années plus tard, la Cour suprême revenait sur cette idée dans *Hurtado v. California*³⁰. Elle déclarait formellement que « toute procédure qui... serait autorisée par la loi, mais ne serait pas sanctionnée par les usages ou qui troublerait l'un de ceux-ci ne pourrait pas être considérée comme une procédure conforme au *due process* ».

L'adoption par les Cours d'une conception semblable présentait de graves dangers. Elle pouvait aboutir à transformer entièrement le caractère du *due process*; elle pouvait

29. L. c.

30. L. c.

compromettre définitivement la force d'évolution que celui-ci portait en lui pour en faire un instrument de stagnation sociale et de cristallisation juridique.

Fort heureusement, la Cour suprême des Etats-Unis réagit de bonne heure contre cette conception. Elle vit le danger et déclara que « donner au *due process* un sens exclusivement traditionnel serait refuser aux lois toutes qualités, sauf celles qui résulteraient de l'ancienneté; ce serait les rendre incapables de progrès et d'amélioration³¹ ». Une condamnation définitive de la thèse envisagée devait suivre de peu ce dictum. Dans *Twining v. N. Jersey*³², la Cour suprême fédérale déclara avec cette pointe d'humour que nous aimons à retrouver dans les écrits anglo-saxons : « Il ne faut pas croire qu'une procédure établie dans la loi anglaise à l'époque de l'émigration, importée en Amérique et pratiquée par nos ancêtres, soit un élément nécessaire du *due process*. S'il en était ainsi, la procédure de la première moitié du xvi^e siècle affublerait la jurisprudence américaine comme une jaquette trop étroite. Ce vêtement serait d'ailleurs enlevé un jour par un amendement à la Constitution. »

Ainsi, coup sur coup, la jurisprudence américaine sut écarter deux conceptions dangereuses du *due process*. Par là se trouve affirmé son rôle primordial dans l'élaboration du droit américain et notamment dans la fixation du concept de *due process*. C'est elle qui a donné à ce dernier l'aspect qu'il présente dans le droit contemporain.

18. Le *due process* américain comprend, dans son sens actuel, deux séries d'éléments qui sont l'une et l'autre le produit de l'évolution historique que nous avons retracée. Ce sont en premier lieu des éléments de procédure ou éléments formels, vestiges du lointain passé de l'institution. Ce sont en second lieu des éléments qui intéressent le fond du droit.

19. Nous insisterons peu sur les premiers. Ils présentent sans doute un intérêt historique qui n'est pas niable; mais nous avons déjà eu l'occasion de parler d'eux à propos des

31. *Hurtado v. California*, 110 U. S. 516 (528).

32. 211 U. S. 78 (101).

différentes étapes qui ont marqué la carrière du *due process*. Le tableau d'ensemble que nous en donnerons donc ici se bornera à une énumération des principales règles procédurales que nous ferons suivre, lorsque le besoin s'en fera sentir, de brefs commentaires.

1^o Le V^e et le VI^e amendement à la Constitution fédérale interdisent de juger une personne accusée « d'un crim-capital ou d'un crime infamant » sans un acte d'accusation, œuvre d'un grand jury³³.

2^o Le *due process* garantit le jugement par un jury. C'est le *trial by jury*, commun aux droits anglais et américain. Son exigence est formellement reconnue par les Cours américaines : une des plus anciennes parmi les décisions qui invoquent le *due process*, le cas *Bowmann v. Middleton*³⁴, contient l'affirmation de la nécessité qu'il y a à employer le jugement par le jury pour se conformer aux prescriptions du *due process* et cette affirmation se retrouve tout au long de l'histoire constitutionnelle américaine, jusque dans les années récentes³⁵.

Cependant, si le principe du droit au jury s'est maintenu jusqu'à l'époque actuelle, il a subi une certaine évolution ; ce n'est plus aujourd'hui une condition de rigueur. Dès 1805, la Cour de Caroline du Sud déclarait que le jugement par le jury n'était pas nécessaire dans les cas de peu d'importance³⁶. Elle fut suivie dans cette voie par d'autres Cours en grand nombre. De même, la Cour de New-York déclarait peu après que le *due process* n'exigeait pas le jugement par le jury dans les cas de *contempt*³⁷. La même possibilité fut retenue pour d'autres hypothèses spéciales.

La Cour suprême des Etats-Unis approuva le rejet, par les Cours inférieures, du formalisme ancien. En 1900, elle admettait qu'un Etat pouvait, dans certaines circonstances, abolir le jugement par le jury sans pour cela violer nécessairement le XIV^e amendement³⁸.

33. Cf. SWAYZE, 26 Harv. L. Rev., p. 18 et sq.

34. 1 Bay. (S. Car.) 252.

35. Cf. dans MORT, l. c., p. 209 notes 4, 5, 6, 7 de longues listes comprenant plusieurs centaines de cas où la jurisprudence américaine a affirmé la nécessité constitutionnelle qu'il y a à respecter la règle du « trial by jury ».

36. Cf. *White v. Kendrick*, 1 Brev. (S. Car., 1805) 469 ; cf. aussi *Enderman v. Ashby*, 2 Ky. (1801) 53.

37. Cf. *Darby's Case*, 3 Wheeler Cr. Cass. (N.-Y., 1824) 1 ; le « contempt » est une poursuite pour injure à la Cour.

38. « Le « trial by jury », affirme le juge Peckham, n'a jamais été déclaré comme faisant partie nécessairement du *due process of law*, dans *Maxwell v. Dow*, 176 U. S. (1900) 581 à 603.

3° En vertu du *due process*, une personne ne peut pas être appelée à témoigner contre elle-même dans un cas criminel.

4° Le *due process* exige également qu'il y ait confrontation de l'inculpé et des témoins à charge.

5° Il interdit de juger deux fois le même individu pour le même acte.

6° Il prohibe aussi les atteintes portées aux droits individuels par les *bill of attainder*, les *bill of pains* et les *penalties*.

7° Il interdit au législateur de porter atteinte aux droits individuels par le moyen de *lois rétroactives*³⁹.

Ces diverses prescriptions ne s'imposent d'ailleurs pas de façon absolue aux législations d'Etats particuliers. Elles ne s'appliquent vraiment, et cela d'ailleurs avec une rigueur relative, qu'à l'égard du gouvernement fédéral. Dans *Twining v. New Jersey*⁴⁰, la Cour suprême des Etats-Unis déclarait en effet que : « toujours elle avait approuvé et considéré... comme conformes au droit les lois d'Etats réglementant la procédure, les modes de preuves et les méthodes de jugement et que toujours elle avait considéré ces lois comme étant conformes au *due process of law* ». Ceci indique bien la désuétude relative dans laquelle sont tombées ces diverses règles formelles. Seuls, parmi les éléments de forme que comporte le *due process*, l'un d'eux reste vivant encore, c'est la nécessité de respecter les règles de la *notice* et de l'*hearing*.

8° La *notice* et l'*hearing* présentent en effet une importance plus certaine⁴¹. A leur sujet la Cour suprême fédérale s'exprimait ainsi : « La clause de *due process* n'a pas pour effet d'imposer aux Etats une forme particulière de procédure; il suffit que les *droits essentiels* de *notice* et de *hearing* soient respectés⁴². » *Notice* et *hearing* constituent en effet,

39. Cf. BURDICK, *l. c.*, ch. 21-22; COOLEY, *l. c.*, ch. 9; STORY J., *Commentaries on the Constitution*, II, sec. 1374-1400; WILLOUGHBY W. W., *Constitutional Law*, II, chs. 47-48; BLACK H. C., *An Essay on the Obligation of Contracts and Retroactive Laws*; MOTT, *l. c.*, chs. 19-20; Mc ALLISTER B. P., *En Post Facto Laws in the Supreme Court*, 15 Cal. L. R. (May 1927) 269; *Fertilizing Co v. Hyde Park*, 97 U. S. (1878) 659; *International Bridge Co v. N.-Y.*, 254, U. S. (1920) 126.

40. 211 U. S. 78.

41. Cf. sur ce point MOTT, *l. c.*, chap. XIII; BURDICK, *l. c.*, § 235, 247, 259; *Hagar v. Reclamation District*, 111 U. S. 701; *Simon v. Craft*, 182 U. S. 427.

42. *Londoner v. City a. County of Denver*, 210 U. S. 373.

les garanties de forme les plus marquantes que requiert le *due process*. Nous savons déjà en quoi consistent ces deux procédures. La *notice* a pour but de donner, à ceux qui ont affaire avec la justice, la faculté de se présenter devant le juge et d'être entendu sur toutes les questions de fait. Elle est donc une sorte de convocation qui doit porter, en termes clairs, l'indication des faits qui motivent l'appel du destinataire devant un tribunal; elle doit lui parvenir suffisamment tôt pour qu'il puisse, sans gêne, se rendre au lieu qu'elle indique. L'*hearing*, elle, suit nécessairement la *notice*. Elle est l'« audition » de l'intéressé, généralement devant un tribunal judiciaire.

L'obligation qu'ont les pouvoirs publics de respecter cette double formalité est extrêmement ancienne. Elle remonte au droit anglais du XVIII^e siècle. Pour ce qui est de l'Amérique, c'est en 1812⁴³ que, pour la première fois, la Cour de Caroline du Nord y fit une allusion brève. Mais c'est vers le milieu du XIX^e siècle surtout que l'on fit le rapprochement qui s'imposait entre la théorie de la *notice* et de l'*hearing* d'une part et le *due process* d'autre part. Ce résultat fut atteint, en droit américain, à propos de la législation anti-alcoolique⁴⁴. Celle-ci prévoyait, pour les liquides dont elle prohibait l'usage, des méthodes de destruction sommaires. Or, ce procédé paraissait peu compatible avec les règles générales du *due process*. Les Cours, cependant, déclarèrent qu'il suffisait pour que la procédure régulière de la loi ne soit pas violée que soient respectés les droits des particuliers à la *notice* et à l'*hearing*.

Pourtant, le principe ainsi admis ne pouvait pas être appliqué sans quelques limitations. Ainsi, en matière fiscale, il fut décidé que, lors de la perception d'un impôt, il n'y aurait pas lieu d'adresser à chaque contribuable une notice individuelle⁴⁵; une notice générale pourrait suffire⁴⁶. D'autre part, la jurisprudence américaine décida qu'il

43. *Hamilton v. Adams*, 1 Murphy (N. Car., 1812) 161.

44. Cf. notamment : *State v. Brennans Liquors*, 25 Conn. (1856) 278; *State v. Keeran*, 5 R. I. (1858) 497; *Commonwealth v. Kendall*, 12 Cush. (Mass., 1853) 414; *Gill v. Parker*, 31 Vt. (1859) 610; *Jones v. People*, 14 Ill. (1852) 196; *Pierce v. State*, 13 N. H. (1843) 536.

45. Sur ce point le cas le plus ancien est *Mc Carrol v. Weeks*, 5 Hay. (Tenn., 1814) 247.

46. Cf. *State Railroad Taxes Cases*, 92 U. S. (1875) 575; *Pullmann Co v. Knott*, 235 U. S. (1914) 23; *Hancock v. Muskogee*, 250 U. S. (1919) 454; *Mc Gregor v. Hogan*, 263 U. S. (1924) 234.

serait possible de se passer et de *notice* et de *hearing* quand il s'agirait de l'exercice, par les corps administratifs, de leurs pouvoirs de police⁴⁷. L'exclusion de la *notice* et de l'*hearing* fut enfin admise dans certains cas limitativement énumérés; telles furent les nominations de fonctionnaires⁴⁸, les matières réglées par décisions ministérielles⁴⁹, la révocation des autorisations permettant l'exploitation des *saloons* et des salles de jeu⁵⁰, le refus d'admission des immigrants⁵¹.

Ces diverses exceptions à la règle générale furent toutes imposées par les nécessités administratives. Cependant, malgré elles, le penchant inné des Cours à faire respecter la règle ancienne de la *notice* et de l'*hearing*, dans les cas même où celle-ci s'avère désuète, se manifeste sans ambiguïté. Les Cours, en effet, même dans les cas où elles admettent la possibilité d'exclure de la procédure la *notice* et l'*hearing*, cherchent toujours à exercer leurs prérogatives constitutionnelles de façon telle qu'elles en arrivent à reconstituer la substance même de la protection, à défaut de sa forme. En dépit des exceptions énumérées, la *notice* et l'*hearing* demeurent l'élément de procédure le plus important parmi ceux que requiert le *due process*.

20. Lorsque l'on cherche à déterminer la signification précise et profonde du *due process*, on se heurte rapidement à de très sérieuses difficultés. Sans doute, la littérature juridique américaine contient-elle de nombreuses définitions de ce terme, mais, parmi elles, il en est peu qui arrivent à un degré suffisant de précision. Ainsi, l'on trouvera dans les arrêts l'indication que le *due process* consiste « en des limites prescrites par la Constitution et appliquées selon les principes du *common law* ⁵² », qu'il comprend « les principes fondamentaux de liberté et de justice qui sont à la base de toutes les institutions civiles et politiques (américaines ⁵³) ».

47. Cf. MOTT, *l. c.*, § 90.

48. Cf. *Reaves v. Ainsworth*, 219 U. S. (1911) 296; *Attorney Gl v. Pelletier*, 240 Mass. (1922) 264.

49. MOTT, *l. c.*, p. 233.

50. *Balling v. Elizabeth Board of Excise*, 79 N.-J. L. (1909) 197; *Chicago a. R. Co v. Nye-Schneider Fowler Co*, 260 U. S. (1923) 35; *Security Sav. Bank v. State*, 263 U. S. (1924) 282.

51. *Ng Fung Ho v. White*, 259 U. S. (1922) 276; *Ungar v. Seaman*, 4 Fed. (2d) (1925) 80.

52. *Hurtado v. California*, 110 U. S. (1884) 516 (525).

53. *Hurtado v. California*, *l. c.*

On pourra voir aussi que le *due process* est « une protection des règles générales établies dans le système américain de jurisprudence pour la protection et la garantie des droits privés⁵⁴ ». Ces formules, certes, ne sont pas sans présenter parfois un sérieux intérêt : l'une indique les rapports qui unissent le *due process* au *common law*; telle autre souligne l'importance primordiale de la jurisprudence dans l'élaboration du *due process*; aucune cependant ne donne une idée d'ensemble de l'institution, ni ne présente une synthèse complète des éléments qu'elle comprend.

Quelle est la raison de cette imprécision? Dépend-elle d'une cause externe qui s'est imposée aux juristes américains, ou bien au contraire a-t-elle été voulue par eux? Si curieux que cela puisse paraître, la seconde de ces deux explications est la bonne. Les juges américains entendent laisser dans l'incertain la notion de *due process*; ils se refusent à lui donner un sens précis. Ils l'ont déclaré formellement. « Que signifie *due process*? est-il dit dans un arrêt. La Cour (il s'agit ici de la Cour suprême des Etats-Unis) a eu des occasions fréquentes d'examiner cette question; toujours elle s'est refusée à donner un sens précis, préférant laisser à la décision judiciaire pleine et entière liberté lorsque de temps à autre des cas se présenteront⁵⁵ ». Ainsi, avec une rare franchise, les Cours américaines ont fixé leur attitude : elles ne veulent pas être liées pour l'avenir; elles entendent pouvoir donner demain à la clause de *due process* telle interprétation qui leur paraîtra nécessaire. Par là, elles gardent la haute main sur le mécanisme de protection des libertés individuelles et elles font du *due process*, selon l'expression d'un juge, « moins une règle de principes qu'une règle de cas particuliers ». Pour chaque espèce qui se présentera à lui, le juge déterminera si la situation est conforme

54. Cf. d'autres définitions du *due process* dans : *Mayo v. Wilson*, 1 N. H. 58; *Bank of Columbia v. Oakley*, 4 Wheat 235; *Westervelt v. Gregg*, 12 N. Y. (1854) 202; *Walker v. Sawinell*, 92 U. S. (1875) 90; *Pennoyer v. Neff*, 95 U. S. (1877) 714 (733); *Davidson v. N. Orleans*, 96 U. S. (1878) 97; *Memphis Gas. Co v. Shelby County*, 109 U. S. (1883) 398; *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. (1887) 623; *Dominion Hotel v. Arizona*, 249 U. S. (1919) 265 (268); *Terrace v. Thompson*, 263 U. S. (1923) 197. Cf. aussi chez les auteurs HOUGH, 32 Harv. L. Rev., p. 218; REED POWELL, *The Supreme Court and Constitution*, 35, Political Science Quarterly, 1920, p. 439; J. BECK, *Constitution des Etats-Unis*, p. 107; HAINES, *Vested Rights*, II, pp. 9, 12 et note 8, 19; SWAYZE, 26 Harv. L. R. p. 27; HOUGH, *Due Process Today*, 1918, p. 222.

55. REED POWELL, 35, Polit. Sc. Quart., 1920, 439; REED POWELL, *Political Property*, p. 404.

au *due process* en se servant de la « méthode graduelle d'inclusion et d'exclusion ». Il rejettera les mesures qui, au moment même de l'examen lui paraîtront contraires à l'esprit de la Constitution, il admettra celles qui lui paraîtront justes. Ainsi s'explique la fameuse définition du *due process*, la meilleure à notre connaissance, donnée par le professeur Pound. « Le *due process of law*, dit-il, n'est pas une conception abstraite dont on puisse tirer des conclusions absolues..., applicables en tous temps et en tous lieux. C'est un *standard* pour guider le tribunal... et le *standard* est à appliquer en vue des circonstances spéciales de temps, de lieu et d'opinion publique où l'acte prend effet. Ainsi, les désaccords des juges dans les cas où est invoqué le XIV^e amendement deviennent intelligibles. Si la question était de pure logique, la longue série des décisions à cinq contre quatre suggérerait qu'il y a affolement dans la méthode légale. Parce que, comme l'a si justement remarqué le juge Holmes, ces jugements dépendent « d'intuitions trop subtiles... nous ne pouvons pas attendre d'accord absolu entre ceux qui appliquent le *standard*⁵⁶ ».

Grâce à cette méthode, les Cours américaines ont fait du *due process* une institution souple, capable de s'adapter aux circonstances économiques ou sociales du moment : celui-ci pourra, selon l'époque, présenter des caractéristiques variées. Disons qu'il est une superlégalité qui varie avec le temps. Mais ces variations qui l'affectent ne sont pas arbitraires ; elles obéissent à une loi, celle de la tradition ; car, si l'esprit traditionnel imprègne le droit américain tout entier, son influence est particulièrement sensible dans l'histoire du *due process*. Ce dernier, certes, évolue ; mais il le fait avec une lenteur sage ; il n'incorpore d'éléments nouveaux qu'autant que ceux-ci ont été éprouvés, qu'autant qu'ils ont fait un stage dans la pensée juridique américaine. En même temps, il n'abandonne pas le passé ; il garde de lui tout ce qui est d'importance première, il ne laisse que ce qui est détail. Somme toute, le *due process* ressemble fort à un tamis juridique. Il laisse passer à travers lui et emporter par le courant de l'histoire les notions secondaires, les solutions du moment, mais il retient et il

56. POUND, *The administrative application of legal standards*, 44 Reports American Bar Assoc., 1919, p. 457 ; traduction E. Lambert, Gouvernement des juges, I.C. p. 88.

s'incorpore ce qui est durable, ce qui est spécifiquement américain. Il s'agrége certains principes fondamentaux permanents qui lui donnent son aspect et sa physionomie. Parmi eux, trois ont une importance toute spéciale :

1° En premier lieu, le *due process* est très proche du *common law*. Comme lui, il a un contenu vague et indéterminé; comme lui, il est une coutume et une coutume judiciaire (*judge-made-law*). Est-ce à dire cependant que *due process* et *common law* soient deux notions qui se confondent? Point du tout. Selon l'expression de Cooley, « le *common law* doit être (en cette matière) le guide, mais non le maître ». En réalité, le *due process*, n'est pas tout le *common law*; il n'en comprend que certains éléments; il en a pour ainsi dire extrait la quintessence, laissant tout ce qui en ce dernier est détail, ne retenant de lui que l'inspiration générale et les principes. Surtout, il a pris au *common law* une partie de sa nature juridique; ce dernier était la « raison écrite »; il a appliqué cette raison à la protection des libertés individuelles.

2° En second lieu, le *due process* représente un véritable idéal juridique. Il est la tradition anglo-saxonne pieusement recueillie par les Américains; mais surtout il est, pour ces derniers, l'expression quasi matérialisée de ce qui est juste. Il est une tradition séculaire; mais il est aussi un guide pour l'avenir, il est la grande règle juridique sur laquelle les juristes gardent les yeux fixés. Par tous ces traits, il peut être rapproché du droit naturel. Même, l'on pourrait dire qu'il est un droit naturel officiellement révélé aux Américains par l'organe consacré de leurs juges.

3° Enfin, le *due process* correspond à une conception politique propre aux Américains; il apporte, en effet, une formule nouvelle pour trancher le conflit des intérêts étatiques et des intérêts privés. La forme juridique de l'organisation qu'il représente est démocratique; mais l'aspect de cette démocratie est bien particulier : ce n'est pas la force absolue de la masse, mais un régime adouci par des principes de modération et de raison. En ce sens, le *due process* représente un idéal social, celui d'une démocratie tempérée.

CHAPITRE II

LES CLAUSES ANNEXES DE PROTECTION DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

- I. *Introduction.* — 21. Les deux protections annexes; leurs caractères communs. — 22. Rapports de ces deux protections avec le *due process*. Position de la question.
- II. *La Clause des contrats.* — 23. Circonstances de l'adoption de la clause des contrats. — 24. Domaine d'application de la clause des contrats; ses rapports avec le *due process*.
- III. *La clause d'égalité.* — 25. Sens général de l'évolution de la clause d'égalité en droit américain. — 26. La protection de l'égalité dans la jurisprudence antérieure au XIV^e amendement. — 27. La clause d'égalité du XIV^e amendement : A) Les personnes à qui elle s'applique B) La garantie qu'elle assure. — 28. Rapports de la clause d'égalité et du *due process*.

I

21. Le droit constitutionnel américain comporte d'autres garanties des libertés individuelles que le *due process*. En premier lieu, l'article 1^{er} de la Constitution fédérale des Etats-Unis, dans sa section 10, interdit aux Etats « d'affaiblir par une loi la force des contrats ». D'autre part, le XIV^e amendement à la Constitution prévoit « qu'aucun Etat ne pourra... refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois ». Chacun de ces textes constitutionnels correspond à une garantie particulière. La première est connue sous le nom de clause

BIBLIOGRAPHIE. — A. *Relative à la clause protectrice des contrats.*

a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of the American Constitution*, § 183 à 186; BLACK H. C., *An Essay on the Obligation of Contracts and Retroactive Laws*; HUNTING, W. B., *The Obligation of Contracts Clause*; MOTT R. L., *Due Process of Law*, chap. 19 et 20.

b) Textes judiciaires : *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheaton (U. S. 1819) 518; *International Bridge Co v. N. Y.*, 254 U. S. (1920) 126.

Relative à la clause protectrice de l'égalité : a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of American Constitution*, secs. 275-279, 282; MOTT, *Due Process of Law*, pp. 256-299; FREUND E., *Police Power*, secs. 603-738; TAYLOR H., *Due Process of Law*, ch. 21; HALL E. C., *Due Process of Law and Class Legislation*, 43 Am. L. R. (N. 1909) 926; PAYNE, *The Constitution of the U. S.* (annotated), pp. 45, 46; *Notes and Comment*, 28 Mich. L. R. p. 179 (déc. 1929).

b) Textes judiciaires : *Slaughter House Case*, 16 Wall. (U. S.) 36; *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. (1886) 356; *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. (1896) 537; *Gulf C. a. R. Co v. Ellis*, 165 U. S. 150; *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co*, 220 U. S. (1911) 61; *Jeffrey Mfg. Co v. Blagg*, 235 U. S. (1915) 571. *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. (1921) 312; *Terrace v. Thompson*, 263 U. S. (1923) 197.

L'une et l'autre ont joué un rôle important dans le droit constitutionnel américain.

Quelle est la valeur et l'étendue de ces deux protections ? Présentent-elles le même caractère de généralité et de souplesse que le *due process* ? Ont-elles, au contraire, une importance plus réduite et apparaissent-elles à côté des contrats, la seconde sous celui de clause d'égalité. de ce dernier comme des garanties accessoires des droits privés ? Ces questions ont été souvent débattues par les auteurs américains et c'est à leur examen que nous allons consacrer les pages qui vont suivre.

Disons de suite que ces deux garanties peuvent être étudiées en commun. Elles présentent en effet, sur plus d'un point, des caractères semblables :

En premier lieu, une garantie est une méthode; elle doit comporter une procédure de protection. A cet égard, les deux clauses constitutionnelles, celle des contrats et celle d'égalité, font preuve d'une certaine déficience : elles ne prévoient aucune procédure spéciale. Elles sont de simples prohibitions adressées à l'Etat, lui enjoignant de respecter certains droits appartenant aux particuliers. Par là, elles n'ont guère que la valeur d'une affirmation.

Ce premier caractère en entraîne un second, qui, lui, a trait au but poursuivi. Le but d'une procédure de garantie est nécessairement un droit à protéger. Si l'on se borne à affirmer, comme c'est le cas en l'espèce, qu'un droit doit être respecté sans préciser dans quelle mesure et comment il doit l'être, on lie par là même de façon indissoluble le droit et le mécanisme de protection. Le problème se trouve alors renversé : ce n'est plus la procédure de protection qui va modeler le droit protégé et lui imposer son empreinte, c'est ce dernier au contraire qui entraînera à sa suite la procédure. Pour ce qui nous intéresse, nous pourrions constater qu'à une conception donnée de l'égalité correspondra une interprétation particulière de la clause d'*equal protection*, qu'à telle définition de la liberté contractuelle correspondra une forme spéciale de la clause protectrice des contrats. Ainsi, avec une méthode semblable, organiser la protection d'un droit, c'est surtout définir ce droit.

La clause d'égalité et la clause des contrats paraissent donc avoir deux traits communs :

1^o Elles ne sont que des méthodes de protection *primitives*.

2^o Leur sort est lié à un droit particulier; elles sont donc des méthodes de protection *spécialisées*. Leur force de rayonnement est nulle : créées pour protéger un droit donné, elles ne pourront jamais s'appliquer à d'autres droits.

22. Ce sont ces deux traits qui les opposent d'une façon presque brutale au *due process*. Ce dernier, en effet, est au contraire un mécanisme de protection autonome; il puise largement aux traditions juridiques anglo-saxonnes et se constitue ainsi en une doctrine juridique, indépendante des droits qu'elle protège. Cette indépendance lui assure une faculté d'expansion considérable : ne dépendant d'aucun droit particulier, il tient de lui seul sa force et peut ainsi étendre son action à des droits sans cesse nouveaux. En fait, dans le droit américain, le *due process* est invoqué pour la sauvegarde de toutes les libertés individuelles; il a contribué à leur donner à toutes un aspect particulier.

En présence de cette double situation, déficience manifeste des deux garanties spécialisées que nous étudions et, en regard, force d'expansion exceptionnelle du *due process*, on peut se demander si l'autonomie des premières a pu se maintenir en face du second.

En d'autres termes, faut-il voir, dans la clause des contrats et dans la clause d'égalité, des garanties autonomes ou bien ces dernières sont-elles des garanties annexes, subsidiaires au *due process* ?

Nous avons dit plus haut que la protection des deux clauses que nous étudions devait varier avec la conception du droit à protéger. Or, comment se forme un concept juridique ? Il dépend d'une foule d'éléments. La notion d'égalité, par exemple, dépendra à un moment donné, bien entendu des textes constitutionnels et des lois en vigueur, mais aussi et peut-être surtout d'une conscience collective qui tend à s'imposer aux juristes. Or, cette conscience collective se synthétise dans certaines formules juridiques traditionnelles comme le *common law* ou le *due process*. En Amérique, notamment, les juges, lorsqu'ils chercheront à dégager une définition de l'égalité,

essayeront de constituer une notion conforme à cette conscience collective; ils compareront les diverses conceptions de la liberté aux tendances fondamentales de leur droit; tout particulièrement, ils examineront si la conception de liberté qu'ils veulent admettre répond aux exigences du *common law* et du *due process*. Ainsi, la notion d'égalité se trouvera conditionnée, en droit américain, par le *due process*. De même, la clause d'égalité, protection spéciale prévue par le XIV^e amendement, devra se conformer aux directives établies pour la mise en œuvre de la protection générale que constitue le *due process*.

Une constatation semblable pourrait être faite en ce qui concerne la clause des contrats.

Au fond, la clause d'égalité et la clause des contrats forment deux éléments du *due process*. Leur importance est cependant suffisante pour que des clauses particulières, les mettant en vedettes, aient été prévues dans la Constitution.

En résumé, l'on peut dire que la clause d'égalité et la clause des contrats paraissent comme deux rameaux du *due process*. Ces rameaux ont pris de la force, ce sont aujourd'hui des branches maîtresses; mais ils vivent toujours sur le tronc commun : la tradition, cette sève nourricière du *due process*, circule en eux; c'est elle qui leur permet de se développer.

II

23. Parmi les deux clauses annexes de protection des droits privés, l'une est très ancienne, c'est celle des contrats. Elle est contenue dans le texte primitif de la Constitution fédérale; son existence, comme texte constitutionnel spécial, date donc de 1787.

Ses débuts furent extrêmement modestes. Les comptes rendus des discussions qui se déroulèrent à la convention fédérale nous renseignent sur les circonstances de son adoption¹. Ce fut seulement à la fin de la session de la Constituante qu'un délégué du Massachusetts, King, proposa d'inscrire dans la Constitution une disposition enjoignant aux Etats d'avoir à respecter les contrats

1. Cf. FARRAND, *The records of the Federal Convention*, vol. II, p. 439; BURDICK, § 183.

privés. Cette suggestion n'attira pas spécialement l'attention des constituants; d'autres questions plus graves les préoccupaient; cependant, dans les deux dernières réunions, elle fut acceptée presque sans discussion. Elle devint la section X, article 1^{er}, de la Constitution fédérale.

Il semble bien, qu'à cette époque, son but ait été extrêmement limité. En 1787, c'est-à-dire au lendemain de la guerre d'Indépendance, les finances américaines étaient dans une situation précaire; la valeur de la monnaie variait sans cesse. Il en résultait une instabilité qui certes était bien douce aux débiteurs, mais qui lésait fortement les créanciers. Comme le disait alors Madison : « Dans l'administration intérieure des Etats les contrats étaient couramment violés; dans ce but, l'Etat n'hésitait pas à donner à du papier sans valeur un cours légal². »

Ce fut cette situation qui déterminait le vote de la section X de l'art. 1^{er} de la Constitution fédérale. Ce texte avait donc primitivement pour but la protection des créanciers.

24. Mais ce but était trop restreint. Les cours américaines s'emparèrent de la clause des contrats et surent alors lui donner une extension que son contenu primitif n'aurait jamais pu faire prévoir.

Tout d'abord, dans le domaine de la technique juridique, la clause fut étendue à tous les contrats. Le droit américain connaît des contrats explicites, mais aussi des contrats exécutés; tous sont protégés par la clause d'*impairing obligation of contracts*. Cette clause, d'ailleurs, jouera qu'il s'agisse de contrats entre particuliers ou de contrats auxquels des Etats sont parties.

En second lieu et surtout, les Cours américaines ont su donner à l'expression *impairing obligation of contracts* un sens très général. Là encore elles suivirent leur méthode d'interprétation favorite. Avec une indépendance d'esprit remarquable, elles négligèrent quelque peu la signification spéciale donnée par les constituants à la clause de la section X et s'occupèrent surtout à l'enrichir avec les éléments généraux et traditionnels du droit américain. Selon une procédure que nous avons précédemment

2. FARRAND, *loc. cit.*, vol. III, p. 548.

décrite³, elles s'attachèrent d'abord à dégager une notion précise de la liberté contractuelle. Deux nécessités s'imposaient à elles : il leur fallait affirmer et sanctionner le droit, pour tout citoyen, de contracter librement; mais elles devaient aussi admettre la nécessité, qui s'imposait aux Etats, de réglementer certains contrats. Au fond, le problème qui se posait devant les Cours, à l'occasion de la protection de la liberté contractuelle, n'était autre que celui que nous rencontrons sans cesse au cours de cette étude; c'était un problème politique, un problème de gouvernement; il fallait assurer, entre deux forces antagonistes, toutes deux légitimes (le droit des individus à la liberté d'une part, le droit pour l'Etat de réglementer et de commander d'autre part), un équilibre de justice. C'est ce que les Cours américaines comprirent et c'est ce qu'elles réalisèrent parfaitement. Ainsi, elles firent de la clause des contrats un instrument de protection à la fois souple et efficace : s'appuyant sur les principes du *common law*, invoquant sans cesse l'idéal juridique que représente pour les Américains le *due process*, tour à tour, elles rejetèrent certaines prétentions étatiques, elles en admirèrent certaines autres, proclamant, selon les cas, que la clause des contrats était ou n'était pas violée. Dans cette œuvre, le *due process* servait de critère général d'interprétation; il « reste donc bien le maître⁴ » et l'on est fondé à considérer la clause de la section X comme une clause annexe.

III

25. La clause d'égale protection des lois est relativement récente; elle ne fut insérée dans la Constitution fédérale américaine qu'en 1868, dans le XIV^e amendement. A cette époque, les deux autres clauses protectrices des droits privés, le *due process* et la clause des contrats, figuraient, depuis longtemps déjà, dans les textes constitutionnels : le *due process* avait fait l'objet, en 1791, du V^e amendement; la clause des contrats, plus ancienne

3. Cf. ci-dessus, § 21.

4. COOLEY, *Constitutional Limitations*, p. 509.

encore, était inscrite depuis 1787 dans le texte primitif de la Constitution.

Quelles sont les raisons pour lesquelles la clause d'égalité est apparue aussi tardivement ? Faut-il voir, dans cette circonstance, l'indication de l'importance toute relative que les juristes américains attribuaient au droit d'égalité lui-même ? Certes non. L'égalité est une notion fondamentale du droit américain ; de tous temps, elle fut admise et respectée par lui. Si l'on recherche en effet l'origine de la notion américaine d'égalité, il faut nécessairement remonter au *common law* lui-même. On se trouve donc ici en présence d'une notion extrêmement ancienne, aussi ancienne que le sont les grandes notions traditionnelles du droit constitutionnel américain, mais qui cependant, pour une raison particulière, n'a pu trouver son expression officielle qu'environ un demi-siècle après celles-ci.

Ce retard trouve sa cause dans le caractère particulier que revêt l'évolution historique subie par la notion d'égalité et par sa méthode de protection. Cette évolution présente un aspect exceptionnel dans le droit américain.

Comme l'égalité, la plupart des notions constitutionnelles américaines ont leur origine dans le *common law* ; cependant leur histoire est entièrement différente de celle de la clause d'égalité. Pour ce qui est de la clause des contrats par exemple, celle-ci figurait dans la Constitution américaine dès l'origine. Mais le texte ancien n'eut d'abord qu'un rôle assez restreint et, dans la suite, il dut son importance surtout à l'intervention des Cours de justice et à leur interprétation constructive. Dans ce cas, par conséquent, le texte constitutionnel s'est trouvé à l'origine de l'institution ; il a fourni une base à la jurisprudence, mais ce fut cette dernière qui, en ce domaine, réalisa l'œuvre la plus importante.

Dans le cas de la clause d'égalité, au contraire, on assiste à un développement radicalement opposé. Le droit qu'elle avait pour but de protéger était, nous l'avons vu, reconnu par le droit américain ancien. Si donc, dans les débuts de l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis, aucune méthode de protection de l'égalité n'existait officiellement, cette méthode du moins existe officieusement dans la

jurisprudence des Cours américaines. On trouve en effet, dans les débuts du XIX^e siècle, des décisions assurant la protection de l'égalité par la stricte application des principes anciens du *common law* et du *due process*. Dans ces conditions, lorsque le XIV^e amendement introduit dans la Constitution une clause d'égalité, il n'innove pas; il systématise et il précise seulement une doctrine antérieurement élaborée par les Cours. Dans ce cas, par conséquent, celles-ci ont fait œuvre de précurseur; contrairement à ce qui eut lieu dans d'autres hypothèses, loin d'utiliser et d'interpréter un texte constitutionnel, elles ont contribué à son élaboration.

Cette circonstance explique l'histoire tout entière de la protection de l'égalité en droit américain. Celle-ci fut, au début, rattachée aux principes généraux contenus dans le *common law* et dans le *due process*; à cette époque, par conséquent, elle était incontestablement une protection annexe. Puis, avec le XIV^e amendement, la situation paraît changer; la protection de l'égalité est désormais assurée par un texte spécial et ceci semble devoir la rendre indépendante du *due process*. On peut donc, dans le droit moderne, se demander avec un intérêt nouveau quels sont les rapports qui existent entre le *due process* et la clause d'égalité. Ce sont ces considérations historiques qui inspireront les développements qui vont suivre.

26. Dans les toutes premières années de l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis, l'égalité et la protection qui devait lui être assurée n'occupèrent que peu de place dans l'esprit des juges. A cet égard, leur unique préoccupation paraît bien avoir été d'assurer le respect de la défense faite aux citoyens américains de porter des titres nobiliaires et de faire admettre par tous la liberté civile⁵, qui, alors déjà, était considérée comme l'un des fondements principaux de la Constitution.

Dès les débuts du XIX^e siècle, cependant, les juges américains changent d'attitude. Vers cette époque, on peut relever quelques décisions, dans lesquelles les Cours examinent la validité des lois en cherchant, à cette

.. MOTT, *I. c.*, § 99.

occasion, à déterminer si leurs dispositions sont ou non compatibles avec l'égalité à laquelle les citoyens ont droit. Mais, dans cette œuvre, les Cours ne font pas appel au *due process* et leur critère d'appréciation reste, sur ce point, assez imprécis.

Parfois, elles s'en tiennent à une simple affirmation d'inconstitutionnalité : c'est ce qui eut lieu, notamment, dans une espèce où fut mise en cause la validité d'une loi de Virginie⁶. L'affaire vint devant la Cour suprême des Etats-Unis qui chargea le juge Story de la rédaction de l'arrêt. Il déclara la loi inconstitutionnelle, mais il le fit en des termes si vagues et si généraux que les auteurs américains admettent en général qu'il n'est pas possible de trouver à cette décision le moindre motif juridique⁷.

Dans d'autres hypothèses, au contraire, les juges font appel à la doctrine des « droits acquis ». Cette méthode fut surtout celle des Cours du Connecticut et du Tennessee.

Cependant, dans un cas comme dans l'autre, le *due process* n'est pas invoqué.

Les choses changent quelques années plus tard. Jusque vers 1830, les diverses législations d'Etat avaient assez bien respecté le droit d'égalité. Si quelques atteintes y avaient été apportées, aucune d'elles en tous cas ne présentait de gravité réelle; la vie sociale était simple et peu développée et les difficultés se réglaient facilement, comme en famille. A partir du milieu du xix^e siècle, il en va différemment. Le pouvoir de police des Etats augmente ; les lois réglementent désormais un nombre, chaque jour plus grand, d'activités humaines, la liberté des individus se trouve réduite. En face de cette offensive déterminée des pouvoirs de l'Etat, ceux qui ont la garde des libertés individuelles, les juges, doivent apporter dans leurs arguments plus de rigueur logique. Lorsqu'ils déclarent une loi inconstitutionnelle, il faut désormais que leur décision repose sur une base juridique.

Parmi les diverses Cours d'Etats, l'une, celle du Tennessee, fut la première à motiver solidement ses décisions. En 1831, deux espèces lui furent présentées ; l'une et

6. *Terrett v. Taylor*, 9 Cranch (U. S., 1815) 43 à 52.

7. MOTT, l. c., p. 257.

l'autre mettaient en cause des lois contraires à l'égalité. La première était dirigée contre les Indiens⁸. La seconde instituait une Cour spéciale pour juger les employés de banque qui s'étaient rendus coupables d'une faute professionnelle⁹. Dans ces deux cas le pouvoir législatif faisait œuvre arbitraire puisqu'il instituait un système juridique spécial pour certaines catégories d'individus. La Cour du Tennessee proclama l'inconstitutionnalité des deux actes. L'argumentation qu'elle employa à cette occasion mérite d'être signalée; car pour la première fois en cette matière, le *due process* se trouvait invoqué; il remplaçait la clause d'égalité absente à cette époque des Constitutions américaines. Pour atteindre ce résultat, la Cour fit subir au *due process* une interprétation quelque peu forcée. Raisonnant selon une forme rigoureusement syllogistique, elle déclara d'abord que le *due process* supposait une procédure judiciaire et que la législature ne pouvait pas rendre elle-même un jugement. En second lieu elle affirma que le *due process* était une limite apportée au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif et au pouvoir judiciaire. Ces deux prémisses établies, la Cour décida que la législature ne pouvait pas rendre elle-même un jugement, ce rôle ne lui incombant pas. Or, certains actes spéciaux votés par la législature devaient par leur nature être considérés comme de véritables décisions judiciaires; c'était le cas des deux lois envisagées et, pour cette raison, elles devaient être considérées comme inconstitutionnelles.

Ce raisonnement et les circonstances dans lesquelles l'arrêt fut rendu doivent attirer l'attention sur un fait; c'est que le *due process* fut considéré comme un succédané anticipé de la clause d'égalité pour la première fois à propos d'une question de procédure. Nous trouvons, dans cette circonstance, une nouvelle démonstration de l'exactitude de ce que nous avons soutenu ailleurs⁵: l'évolution du *due process* s'est bien déroulée dans un sens unique qui conduit d'une conception formelle à une conception intéressant le fond du droit.

8. *Wally's Heirs v. Kennedy*, 2 Yerg. (Tenn., 1831) 554.

9. *State Bank v. Cooper*, 2 Yerg. (Tenn., 1831) 599 à 605, 606; cf. aussi *Budd v. State*, 22 Tenn. (3 Humph., 1842) 483 et *Sears v. Coitrell*, 5 Mich. (1858) 251.

La jurisprudence nouvelle, ainsi instaurée par les Cours d'Etats aux environs de 1831, s'appliqua surtout dans ses débuts à des cas individuels de violation de l'égalité. Les Cours en usèrent notamment pour procéder à l'examen de lois d'Etats qui privaient certains fonctionnaires de leurs emplois¹⁰. Presque toujours, elles déclarèrent dans cette hypothèse que ces lois correspondaient à de véritables jugements rendus par le pouvoir législatif et que, de ce fait, elles étaient contraires au *due process*. Cette interprétation toute particulière du *due process* ne devait d'ailleurs pas persister longtemps dans le droit américain; elle fut abandonnée à partir de la fin du XIX^e siècle.

Puis la jurisprudence s'étendit et s'appliqua à des lois qui visaient des situations collectives. C'est ainsi que les Cours déclarèrent nuls certains actes des Etats qui modifiaient les règles de la dévolution successorale aux dépens d'une catégorie de personnes déterminée¹¹; notamment, la Cour suprême de l'Etat de New-York prononçait, en 1848, l'inconstitutionnalité d'une loi qui changeait les droits que possédaient les conjoints dans les biens de leurs époux¹². Les Cours d'Etats eurent enfin à examiner la constitutionnalité de lois réglementant le statut juridique des titres de propriété¹³.

Ainsi, de proche en proche, de décision en décision, la jurisprudence qui tendait à faire du *due process* un moyen de garantir le droit à l'égalité gagnait du terrain; cependant ses progrès étaient lents :

En premier lieu, toutes les Cours américaines ne consentaient pas à l'admettre sans réserve. Seules, celles du Tennessee et de Pennsylvanie lui étaient strictement fidèles; les autres acceptaient en principe cette application de la clause de *due process*, mais se réservaient la possibilité d'y déroger en certaines occasions. En fait, on peut relever, dans la période qui précède immédiate-

10. Cf. par exemple *State v. Heyward*, 3 Rich. (S. Car., 1832) 389 à 412; *Regents of University of Maryland v. Williams*, 9 Gill. a. J. (Md., 1838) 365 à 412; *Brown v. Hummel*, 6 Pa. St. (1847) 86.

11. Cf. *Norman v. Heits*, 5 Watts a. S. (Pa., 1843) 171 à 173; *Bumberger v. Clippinger*, 5 Watts a. S. (Pa., 1843) 311; *Pocopson Road*, 16 Pa. (1857) 15; *Builer v. Palmer*, 1 Hill (N. Y., 1841) 324.

12. *Holmes v. Holmes*, 4 Barb. (N. Y. 1848) 295; *White v. White*, 5 Barb. (N. Y., 1849) 474; *Westervelt v. Gregg*, 12 N. Y. (1854) 202 à 212.

13. Cf. *Reed v. Wright*, 2 G. Greene (Iowa, 1849) 15.

ment la guerre de Sécession, des cas en nombre relativement important où la Cour admettait la constitutionnalité de lois portant atteinte au principe d'égalité¹⁴. D'autre part, dans les Etats mêmes où cette jurisprudence était fermement admise, ses effets se révélaient insuffisants. Surtout, elle laissait subsister une inégalité, la plus grave et la plus criante de toutes, celle qui pesait sur les classes serviles.

Cette absence d'unanimité dans son application et l'insuffisance de cette jurisprudence lui donnaient un caractère précaire. Aussi, après la guerre de Sécession, la réforme constitutionnelle du XIV^e amendement dut-elle prévoir, dans son texte, une clause spéciale pour la protection de l'égalité.

27. La clause d'égalité du XIV^e amendement prévoit : « *qu'aucun Etat ne pourra refuser à quiconque relève de sa juridiction une protection égale des lois* ».

Il est établi aujourd'hui de façon indiscutable que cette clause avait pour but, dans l'esprit de ses rédacteurs, la protection des nègres nouvellement émancipés. La Cour suprême des Etats-Unis s'est prononcée clairement dans ce sens. Dans le *cas des boucheries*¹⁵, elle eut à examiner les circonstances de l'adoption du XIV^e amendement et à ce propos elle déclara : « Si l'on s'éclaire à la lumière de l'histoire de l'amendement, et si l'on recherche, comme la Cour l'a fait, quel fut son but fondamental, il n'est pas difficile de donner à cette clause (la clause d'égalité) sa signification. Dans les Etats où résidaient des nègres, des lois furent votées qui prévoyaient certaines discriminations à la fois injustes et malheureuses leur faisant grief; la clause eut alors pour but d'apporter un remède à ce mal et elle prohiba le vote de pareilles lois. » Quelques lignes plus loin, la Cour ajoutait : « Cette clause est si clairement une disposition prise en faveur de la race nègre qu'il faudrait qu'un cas bien grave se présentât pour qu'on pût l'appliquer à une autre race. »

14. Cf. notamment *Commonwealth v. Blackington*, 41 Mass. (1837) 352 ; *Nagle v. Augusta*, 5 Ga. (1848) 546 ; *Lafayette v. Cummins*, 3 La. Ann. (1848) 673 ; *Bode v. State*, 7 Gill. (Md., 1848) 326 etc.

15. *Staughter House Cases*, 16 Wall. (U. S.) 36.

Ainsi comprise, la clause d'égalité, s'ajoutant à deux textes constitutionnels, le XIII^e amendement et la clause de *due process* du XIV^e amendement, qui tous deux avaient été votés en faveur des nègres, assurait à ces derniers une protection parfaitement efficace; elle faisait d'eux des citoyens des Etats-Unis placés sur le même plan que les citoyens blancs.

C'était là déjà un résultat moral considérable; cependant, les termes extrêmement généraux de l'amendement devaient permettre aux Cours de justice de développer largement le champ d'application de la clause nouvelle. Celles-ci, en premier lieu, s'attachèrent à étendre le nombre des bénéficiaires de l'amendement et à comprendre parmi eux non seulement les nègres, mais pratiquement aussi toutes les autres catégories de personnes. En second lieu, elles précisèrent également, dans leurs arrêts, le sens de la garantie assurée par le deuxième paragraphe du XIV^e amendement.

C'est ce double rôle de la Cour que nous étudierons sous deux rubriques successives.

A) *Personnes qui peuvent se prévaloir de l'amendement.*

— Dans le cas des *boucheries*, la Cour suprême des Etats-Unis avait déclaré que la clause d'égalité avait été créée dans le but de protéger les nègres; c'était à eux seuls par conséquent que cette clause devait originairement s'appliquer. En fait d'ailleurs, on constate que les premières décisions, où la Cour eut à appliquer l'amendement, comportaient l'examen de lois votées par les Etats et édictant des mesures spéciales pour la nomination des nègres dans les jurys¹⁶. Toutes ces lois, sans exception, furent déclarées inconstitutionnelles.

Il faut attendre l'année 1886 et le cas *Yick Wo v. Hopkins*¹⁷ pour voir la clause d'égalité mise à la disposition d'autres citoyens que les nègres. Dans cette espèce, la Cour suprême des Etats-Unis avait à apprécier la validité d'une ordonnance municipale de San-Francisco,

16. *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. (1880) 303; *Neal v. Delaware*, 103 U. S. (1880) 370; *Carter v. Texas*, 177 U. S. (1900) 442; *Marin v. Texas*, 200 U. S. (1906) 316.

17. 118 U. S. 356.

créant une commission chargée d'examiner, et le cas échéant de refuser, les demandes d'autorisation pour l'ouverture de blanchisseries. Celles-ci, pour éviter les incendies, devaient être installées dans des maisons construites en pierres ou en briques; si au contraire elles devaient être ouvertes dans des immeubles en pisé ou en bois, l'autorisation pouvait être refusée purement et simplement par la commission spéciale. Mais cette prescription se heurtait à une situation de fait : à San-Francisco, comme d'ailleurs sur toute la côte du Pacifique, le métier de blanchisseur était presque exclusivement exercé par des jaunes, chinois ou japonais. Les ressources de ceux-ci étaient modestes et ne leur permettaient pas de s'établir dans les maisons modernes, construites selon les prescriptions de l'arrêté; ils s'abritaient donc dans de simples cabanes de planches. Dans ces conditions, ils soutinrent que l'ordonnance municipale avait été rendue pour leur faire grief et ils réclamèrent, devant les tribunaux, la protection de la clause d'égalité. La Cour suprême des Etats-Unis, devant laquelle le débat fut porté, déclara que la clause d'égalité s'appliquait certainement aux Chinois : « Les dispositions de cet amendement, dit-elle, sont universelles dans leur application; elles visent toutes les personnes qui se trouvent dans la juridiction territoriale de l'Etat sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les différences de race, de couleur, de nationalité; la clause d'égalité est une garantie de la protection de lois égales pour tous. » Ces termes admettaient, sans ambiguïté, l'extension de l'amendement à toutes les catégories de citoyens ou même d'étrangers vivant sur le territoire des Etats-Unis. La jurisprudence de l'arrêt *Yick Wo v. Hopkins* fut d'autre part confirmée à plusieurs reprises par la Cour suprême des Etats-Unis. Dans *Truax v. Raich*¹⁸, la Cour déclara inconstitutionnelle une loi d'Etat réglementant l'embauchage. Elle exigeait que les employeurs prissent dans leur personnel huit pour cent au moins de citoyens américains nés aux Etats-Unis. Semblable mesure avait pour effet de favoriser les citoyens des Etats-Unis aux dépens de ceux

18. 239 U. S. (1915) 33.

qui ne l'étaient pas. La Cour suprême déclara que : « puisque l'expression de l'amendement « toute personne relevant de la juridiction de l'Etat » comprenait les étrangers, la discrimination établie par la loi se trouvait en conflit avec la clause d'égale protection ». Il n'est pas sans intérêt de constater la rigueur avec laquelle cet arrêt appliquait les principes constitutionnels; il eût pu paraître naturel en effet de favoriser les citoyens américains aux dépens des étrangers.

La Cour d'ailleurs ne se montra pas toujours aussi rigide; c'est ainsi que, dans le cas *Palsons v. Pennsylvania*¹⁹, elle déclara à propos d'une loi qui, dans le but d'assurer la conservation du gibier, interdisait aux étrangers non naturalisés de posséder un fusil : « Il y a là une discrimination qui pose une question difficile. Nous estimons, cependant, qu'un Etat peut introduire dans sa législation certaines discriminations qui auraient pour but d'éviter un danger; dans ces conditions, si la catégorie ainsi créée est raisonnable parce qu'elle isole ceux qui se trouvent à l'origine du danger, elle doit être approuvée. Dans l'hypothèse que nous considérons, peut-on dire que le pouvoir législatif de Pennsylvanie se soit trompé en déclarant que les résidents non naturalisés formaient la source principale du danger à éviter... Sur ce point il nous suffira de dire que la Cour suprême ne peut pas connaître les conditions locales et que par conséquent elle ne peut pas déterminer ce qui est manifestement mauvais. »

Ces quelques extraits d'arrêts montrent combien rapidement se généralisa l'emploi de la clause d'égalité. Dans le droit moderne, celle-ci s'applique désormais non seulement aux blancs et aux hommes de couleurs, mais aussi aux étrangers eux-mêmes.

Il existe cependant un point sur lequel le doute subsista longtemps. La protection égale des lois doit, selon l'expression même du XIV^e amendement, être assurée « aux personnes »; dans ces conditions peut-elle s'appliquer également aux « corporations²⁰ » ou personnes morales?

19. 232 U. S. 138.

20. La question de l'application aux corporations des garanties constitutionnelles s'est bien entendu posée également à propos du *due process* et de la clause des contrats; cependant c'est à propos de la clause d'égalité que les arrêts les plus marquants sont intervenus en cette matière et c'est pourquoi nous exposons cette question ici.

La question a beaucoup préoccupé les juristes américains; c'est pourquoi il convient de la résumer brièvement ici.

Elle fut posée sans ambages à la Cour suprême fédérale en 1886 dans l'espèce *Santa Clara County v. Southern Pacific Ry. Co*²¹. Le président Waite, qui rédigea l'arrêt, constata que « l'un des points qu'avait longuement discuté le représentant du défendeur était celui de savoir si, dans l'esprit du XIV^e amendement, les corporations pouvaient être assimilées à des personnes ». Il répondit affirmativement à cette question et déclara : « La Cour n'a pas à insister sur le point de savoir si la disposition du XIV^e amendement, qui interdit à l'Etat de refuser à toute personne relevant de lui la protection égale des lois, s'applique aux corporations; car tous les juges sont d'avis qu'il en est ainsi. »

Mais le principe admis, ne devait-on pas encore distinguer les corporations nationales et celles qui appartaient à un Etat étranger. Dans le cas *Blake v. Mc. Clung*²², la Cour suprême des Etats-Unis se rallia un moment à cette distinction : « Sans essayer d'établir quel est le sens véritable des mots « dans la juridiction de l'Etat », y est-il dit, nous estimons qu'en vertu de la clause du XIV^e amendement on ne peut pas considérer comme se trouvant dans la juridiction de l'Etat une corporation qui n'a pas été créée dans l'Etat du Tennessee, qui n'y a pas fait ses affaires dans des conditions telles qu'elle fût soumise à la procédure du Tennessee. »

Cependant, revenant sur cette jurisprudence en 1910 dans le cas *Southern Railway Co v. Greene*²³, la Cour suprême fédérale permettait à une corporation étrangère d'invoquer la protection de la clause d'égalité : « La corporation plaignante peut-elle être considérée comme une personne soumise à la juridiction de l'Etat de l'Alabama ? Il s'agit en l'espèce d'un plaignant qui fut taxé parce qu'il traitait des affaires dans cet Etat. Le mémoire montre que la société en question a acquis un grand nombre de compagnies de chemins de fer conformément aux lois

21. 118 U. S. (1886) 394-396.

22. 172 U. S. (1898) 239 (261).

23. 216 U. S. (1910) 400 (413).

édictees par l'Etat; elle s'est soumise également à la juridiction des Cours d'Etats; elle a payé enfin des impôts sur ses biens et sur les concessions qu'elle possède dans l'Etat; bref, elle a pénétré dans l'Etat en se mettant en règle avec les lois de celui-ci. Dès lors nous ne pouvons conserver aucun doute; une corporation qui se trouve dans une situation semblable « relève bien de la juridiction de l'Etat ». Le même principe était encore affirmé dans *Herndon v. Chicago*²⁴. L'arrêt indiquait que « la corporation (considérée) s'était établie dans l'Etat conformément aux lois, qu'elle avait acquis sous la sanction de l'Etat un grand nombre de propriétés comprises dans ses limites, que par conséquent elle était devenue *une personne dans l'Etat* selon l'esprit même de la Constitution et qu'elle avait droit à la protection de celle-ci ». Il est donc définitivement établi aujourd'hui que les corporations, même étrangères, sont assimilées aux personnes et que, comme ces dernières, elles ont droit à la protection de la clause d'égalité²⁵.

B) *Etendue de la garantie accordée par le XIV^e amendement aux personnes et aux corporations.*

Etant donné que le XIV^e amendement apporte aux particuliers une protection, nous examinerons successivement ici : a) contre qui joue cette protection; b) quels sont les droits individuels protégés.

a) Il ne peut pas, bien entendu, s'agir de protéger un particulier contre un autre particulier. Vouloir obliger un individu à traiter de façon semblable tous ses concitoyens serait entreprendre une œuvre à la fois impossible et peu souhaitable même. Ce serait, dans le but d'assurer l'application rigoureuse d'une prescription constitutionnelle, violer une autre prescription constitutionnelle, celle qui assure aux citoyens le respect de leur liberté de conscience.

24. 218 U. S. (1910) 135 (158).

25. Cf. aussi : *Waters Pierce Oil Co v. Texas*, 177 U. S. 28. Il importe de noter, pour comprendre le libéralisme de cette jurisprudence, que le terme corporation étrangère désigne : 1° (cas le plus fréquent) les sociétés et autres personnes morales créées sous l'empire des lois d'un autre Etat de l'Union américaine; 2° celles qui sont créées sous l'empire des lois d'un autre pays que les Etats-Unis.

Cette question, d'ailleurs, a été posée devant la Cour suprême fédérale qui l'a tranchée dans le sens que nous indiquons. La dernière section du XIV^e amendement prévoyait que « le Congrès aurait le pouvoir d'assurer l'exécution de (l'amendement) par une législation appropriée ». En 1875, c'est-à-dire sept ans après le XIV^e amendement, le Congrès voulut user de la prérogative qui lui était ainsi attribuée et il promulgua dans ce but le *Civil Rights Act* qui, entre autres choses, interdisait aux propriétaires « d'auberges, de théâtres et d'autres lieux de plaisir, ouverts au public, » de refuser l'accès de leurs établissements au hommes de couleur et aux anciens esclaves. La constitutionnalité de cette loi fut attaquée devant la Cour. Celle-ci déclara formellement que : « Le XIV^e amendement prohibait seulement une action d'un caractère particulier; que son but n'était pas d'empêcher que des atteintes individuelles soient portées aux droits individuels²⁶. »

En réalité, le XIV^e amendement assure aux individus une protection contre l'Etat ou contre ses représentants.

Contre l'Etat, la chose est évidente; le texte du XIV^e amendement lui-même le dit : « *Aucun Etat* ne pourra priver une personne de sa vie... ni refuser... une égale protection des lois. »

Contre les représentants de l'Etat, au contraire, la chose, quoique normale, semblait moins certaine. Cependant, la jurisprudence de la Cour suprême fédérale ne laisse plus subsister, aujourd'hui, aucun doute sur ce point. En 1886, dans *Yick Wo v. Hopkins*²⁷, elle décida l'application aux fonctionnaires des règles du XIV^e amendement : « Ces règles, dit-elle (il s'agit de celles édictées par le XIV^e amendement), visent les actes de l'organisme politique qu'est l'Etat, quel que soit l'instrument par l'intermédiaire duquel et la façon selon laquelle ses actes se manifestent. Un Etat peut agir soit par l'intermédiaire de son pouvoir législatif, soit par l'intermédiaire de son pouvoir exécutif ou de son autorité judiciaire. Il ne peut pas agir par d'autres voies. La disposition constitution-

26. 109 U. S. (1883) 11.
27. 118 U. S. 356.

nelle du XIV^e amendement signifie qu'aucune mesure émanant de l'Etat ou des fonctionnaires et agents, par l'intermédiaire desquels ces pouvoirs sont exercés, ne doit refuser à un individu, quel qu'il soit, la protection égale des lois... » En 1913, dans *Home Telegraph. Co. v. Los Angeles*²⁸, le président Waite précisa cette doctrine : « Une chose résulte clairement du XIV^e amendement, dit-il, c'est que, dans le cas où un fonctionnaire ou tel autre représentant de l'Etat, agissant dans l'exercice de l'autorité dont il est revêtu, mésuse du pouvoir qu'il possède et l'emploie à des fins contraires à l'amendement, il est sans intérêt de rechercher si l'Etat a autorisé l'acte. En tout état de choses, le pouvoir judiciaire fédéral est compétent pour exiger que le mal causé soit réparé et que les conséquences de l'abus de pouvoir commis par le fonctionnaire retombent sur lui. »

Il existe cependant un cas où les termes du XIV^e amendement peuvent ne pas s'appliquer à l'Etat; c'est celui où ce dernier agit sans être revêtu de ses prérogatives de puissance publique. Il en est ainsi lorsqu'on se trouve en présence, non pas de l'Etat formation politique, mais en présence de l'Etat industriel ou commerçant. Dans *Heim v. Mc. Call*²⁹, la Cour suprême fédérale eut à examiner une loi de l'Etat de New-York qui stipulait que seuls les citoyens du dit Etat pourraient être employés à l'édification d'ouvrages publics. En présence de cette situation, les juges admirèrent que le XIV^e amendement ne pouvait pas permettre de déclarer l'inconstitutionnalité de la loi, car « celle-ci visait seulement l'Etat comme employeur et en cette qualité celui-ci pouvait employer qui il voulait ».

b) D'autre part, il convient de préciser que seuls les droits civils reçoivent la protection du XIV^e amendement; ce dernier ne s'appliquant pas aux droits politiques. Cette règle fut formulée, sans nul équivoque, par le juge Field qui déclarait dans *Ex parte Virginia*³⁰ : « L'amendement assure une protection égale en ce qui concerne les

28. 227 U. S. 278 (287).

29. *Heim v. Mc Call*, 239 U. S. 175.

30. 100 U. S. (1880) 339.

droits civils seulement; sont exclus de cette protection les droits politiques ou ceux qui concernent la forme du gouvernement et son mode d'administration. L'amendement assure à tous la jouissance des droits civils dans des conditions égales; quant aux droits politiques, il les laisse tels qu'ils étaient avant son adoption. Cette règle découle clairement du fait que lorsque l'on désira conférer le pouvoir politique à des citoyens habitant des Etats nouvellement créés et que l'on voulut empêcher qu'on leur refusât le droit de suffrage en raison de leur race, de leur couleur ou de leurs conditions antérieures de servitude, un nouvel amendement fut nécessaire. » Cette même règle fut confirmée en 1885 dans *Barbier v. Connolly*³¹, où les juges de la Cour suprême fédérale firent une énumération complète des droits protégés par le XIV^e amendement. La liste qu'ils dressèrent, dans cette circonstance, comprend des droits civils, mais aucun droit politique.

28. L'étude des relations qui existent entre la clause d'égalité et l'institution du *due process* forme l'un des problèmes les plus discutés du droit américain. Les auteurs et parfois les Cours de justice elles-mêmes sont en désaccord sur la nature juridique de cette protection particulière. La difficulté, dans ce débat, provient du XIV^e amendement. Celui-ci, en effet, contient dans son texte deux garanties, l'une est générale, c'est le *due process*; l'autre, au contraire, est particulière à un droit, c'est la clause d'égalité. Dans ces conditions, comment doit-on interpréter l'intention du législateur constituant lorsqu'il énumère ainsi deux garanties ? Veut-il marquer qu'elles ne sauraient se confondre, puisque aussi bien il a donné à chacune d'elles un nom différent ? Veut-il indiquer, au contraire, qu'elles sont étroitement liées, puisqu'elles sont prévues dans le même texte et pour des fins communes ? La question est délicate.

Il faut cependant observer que, sur un terrain où le point de vue formel l'emporte, la question des relations du *due process* et de la clause d'égalité se trouve ramenée

31. 113 U. S. 27.

à une question d'interprétation de texte; mais même à ce point de vue particulier, l'accord n'a pas pu se réaliser entre les divers auteurs américains.

a) Pour certains, le *due process* et l'*equal protection of the law* représentent deux protections distinctes. Payne, notamment, dans son ouvrage sur la Constitution des Etats-Unis, déclare que le doute n'est point permis. Pour lui, les règles d'interprétation de la Constitution sont définitivement établies et selon elles il est certain que deux fragments distincts d'un même texte ne peuvent pas être interprétés comme s'appliquant à la même institution. Cette opinion est aussi celle d'autres auteurs dont l'autorité est considérable. Mais il ne faudrait pas attacher une importance définitive à un argument purement formel; comme tous les arguments de ce genre, celui-ci a l'inconvénient de ne pas prendre en considération l'essence même des choses.

Un point cependant demeure indiscutable, c'est que les deux institutions envisagées diffèrent au moins en ce qui concerne leur domaine d'application. Le *due process*, en effet, est contenu dans deux textes constitutionnels, dans le V^e et dans le XIV^e amendement; ainsi il peut s'imposer à la fois à l'Union et aux Etats particuliers. La clause d'égalité, au contraire, se trouve inscrite dans le XIV^e amendement seulement; de ce fait, son domaine d'application est plus restreint, elle n'est opposable qu'aux Etats particuliers.

b) Pour la majorité des auteurs américains, au contraire, le *due process* et la clause d'égalité forment deux institutions étroitement liées. Cette opinion est naturelle; elle correspond exactement à l'histoire de la clause d'égalité. On sait, en effet, que cette dernière n'est apparue, dans les textes constitutionnels américains, qu'en 1868; avant cette date, l'emploi du *due process* permettait d'y suppléer. Si donc la clause du V^e amendement a pu remplir longtemps le rôle de la clause d'égalité, il semble bien qu'il y ait entre elles une grande affinité.

C'est ce que Cooley souligne fort bien, dès 1890, lorsqu'il écrit : « *Même avant l'adoption du XIV^e amendement, les Etats n'avaient pas le pouvoir de priver leurs citoyens de la protection égale des lois. Il existait, cependant, à*

cette époque, des classes serviles qui n'étaient pas protégées. Lorsqu'elles devinrent libres, leur droit à la citoyenneté leur fut contesté et certaines lois d'Etats même furent promulguées, établissant des discriminations leur faisant grief. C'est dans le but de prévenir ces abus que fut adopté le XIV^e amendement; il attribua à tous les garanties de sécurité réservées avant lui au seul citoyen. »

Telles sont les deux conceptions doctrinales qui s'affrontent à propos du problème que nous examinons. Toutes deux présentent à la fois des avantages, mais aussi des inconvénients.

La première a un grave défaut, elle adopte un mode de raisonnement purement formel; elle a cependant le mérite d'indiquer de façon très claire que les domaines d'application des deux protections sont différents. Grâce à elle, on aperçoit nettement que l'*equal protection* est une mesure de protection subsidiaire.

La seconde a une valeur beaucoup plus certaine. Sans doute, on peut lui opposer en une certaine mesure l'argument de texte dont la doctrine précédente fait état, mais elle a le grand mérite de demeurer dans le cadre du développement historique de l'institution et de s'attacher aux choses plutôt qu'aux formes.

c) Comment entre ces deux tendances la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis allait-elle fixer son orientation ? Le problème présentait de réelles difficultés; aussi ne faut-il pas être surpris de constater des hésitations dans l'esprit de certains juges.

Ceux-ci, dans des *dicta* où souvent d'ailleurs ils exprimaient seulement leur opinion personnelle, déclarèrent qu'il convenait de distinguer les deux clauses du XIV^e amendement. Dans le second des *Employers' Liability Cases*³², le juge Devanter disait : « Même s'il est établi que la clause de *due process* est en quelque sorte l'équivalent de la clause d'égale protection (*ce qui est plus que ce qu'il nous est possible d'affirmer*), il n'en résulte pas que cela puisse enlever au Congrès le droit d'établir des classifications, ou que l'on puisse blâmer l'usage de ce pouvoir, simplement parce qu'il est l'occasion de quelque inégalité. »

Les termes de cette déclaration semblent bien indiquer, dans l'esprit de leur auteur, la croyance en une indépendance relative des deux clauses.

Cependant, malgré ces déclarations isolées, la Cour suprême des Etats-Unis n'hésita presque jamais à réunir les deux protections. La thèse qu'elle soutint fut, dans son inspiration générale, celle de Cooley; mais certaines concessions de détail furent faites aux idées soutenues par Payne. C'est ainsi que dans *Truax v. Corrigan*³³ le président Taft, qui exprima l'opinion de la Cour, souligna que les domaines d'application des deux procédures de garanties étaient différents. « Les sphères de protection qu'offrent les deux clauses, dit-il, ne sont pas les mêmes (*coterminous*). La clause de *due process* découle de la Grande Charte; elle se trouve dans les premières Constitutions d'Etat et plus tard dans le Ve amendement à la Constitution fédérale; elle est une limitation aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire du gouvernement fédéral. La clause d'égalité, au contraire, n'existe pas dans le Ve amendement, et ainsi elle ne s'applique pas à la législation du Congrès. »

Mais, après cette concession faite aux idées de Payne, le même juge reconnaissait dans le même arrêt que : « La clause (d'égal protection de la loi) était réunie dans le XIV^e amendement à la clause de *due process* et que l'on avait l'habitude de les envisager ensemble. » Quelques lignes plus loin il disait encore : « Il peut arriver que ces deux clauses se recouvrent et que la violation de l'une entraîne en même temps la violation de l'autre. » Par cette phrase, il proclamait clairement la parenté qui unissait les deux institutions.

Mais alors, si cette parenté est si grande, pourquoi les rédacteurs du XIV^e amendement ont-ils prévu l'existence de deux institutions. Si, dans l'un et l'autre cas, le but poursuivi est le même, ils auraient pu faire l'économie de l'une des deux clauses. En réalité, le *due process* et la clause d'égal protection sont l'une et l'autre des moyens d'assurer le respect du droit à l'égalité; mais alors que dans le premier cas la protection est générale et a pour

but d'assurer au citoyen une égalité simple et rudimentaire, dans le second cas, au contraire, la protection, si elle est moins étendue, est plus forte. Dans *Hurtado v. California*³⁴, les juges de la Cour suprême avaient donné du *due process* la définition suivante : « Le *due process* exige que chaque homme soit protégé dans sa vie, qu'il puisse bénéficier de la loi générale... de façon que chaque citoyen puisse considérer que sa vie, sa liberté, sa propriété et ses immunités sont placées sous la protection des règles générales qui gouvernent la société. » D'après cette définition, aujourd'hui classique dans le droit américain, le *due process* tend donc à assurer une certaine « généralité » dans l'application des lois. Or, il y a une différence entre la généralité du *due process* et l'égalité prévue par la clause finale du XIV^e amendement.

Le *due process* est avant tout une institution traditionnelle. L'égalité qu'il tend à assurer est, semble-t-il, l'ancienne forme d'égalité, celle qui se trouve dans le *common law* anglais et que le droit américain a admise et résumée en des formules aujourd'hui consacrées : « tous les hommes sont égaux devant la loi », « le gouvernement américain est le gouvernement de la loi et non un gouvernement d'hommes », « aucun homme n'est au-dessus de la loi ». Ces adages expriment la croyance en une égalité qui comporte une soumission de l'ensemble des citoyens à la loi.

L'égalité prévue par la clause spécialisée de 1868 va plus loin que cela ; elle exige plus que le minimum garanti par le *due process* : pénétrant dans les détails des situations juridiques, elle a pour but d'empêcher la « législation de classe ».

En ce qui concerne les rapports des deux clauses, il convient d'observer que la seconde reste soumise à la première. La clause d'égalité reçoit une application extrêmement précise et minutieuse, mais dans l'ensemble l'inspiration générale vient du *due process* ; celui-ci reste le critérium général et fondamental. Il est donc bien exact de dire que la clause d'égalité du XIV^e amendement, comparé au *due process*, apparaît comme une clause annexe de protection des droits individuels.

CHAPITRE III

LE POLICE POWER

I. *Introduction.* — 29. Le pouvoir de police dans ses rapports avec l'Etat. — 30. La conception du pouvoir de police dans trois législations modernes : la législation française; la législation allemande; la législation américaine.

II. *La notion d'intérêt public.* — 31. L'intérêt public et la mentalité populaire. — 32. Conception large de l'intérêt public. — 33. Caractéristiques de la notion d'intérêt public dans le droit américain : son imprécision; sa faculté d'évolution. — 34. Le rôle des Cours de justice dans l'élaboration de la notion d'intérêt public.

III. *Relations du police power et du due process.* — 35. La jurisprudence des Cours d'Etats particuliers. — 36. La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. — 37. Conditions d'exercice du *police power*.

I

29. Parmi les diverses fonctions qui incombent à l'Etat, le *police power* ou pouvoir de police est certainement l'une de celles qui présentent l'importance la plus grande. La vie pratique le démontre chaque jour. Il est en effet impossible à un citoyen d'user sans entrave de ses droits individuels, fût-ce des plus fondamentaux d'entre eux; à chaque instant il se heurte à des prescriptions rigoureuses, établies par la puissance publique agissant en vertu de ses pouvoirs de police. Il y a plus; nombre de particuliers même n'entrent en rapport avec l'autorité que par la forme policière de celle-ci; pour beaucoup d'entre eux, l'Etat c'est la police. Cette con-

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : FREUND E., *Police Power*, secs. 86-444; TAYLOR H., *Due Process of Law*, ch. 10; Mc GEHEE L. P., *Due process of Law*, pp. 314-364; BAKER N. F., *Legal Aspects of Zoning*, ch. I; HALL, *Housing and the Police Power*, Proceedings of 4 th. National Conference on Housing (1915) pp. 3-21; MOTT R. L., *Due Process of Law*, pp. 434-537; BURDICK, *Law of the American Constitution*, secs. 266-273, 248-249, 152, 77, 262, 157.

b) Textes judiciaires : *Wynehamer v. People*, 13, N. Y. 378 (1850); *Loan Association v. Topeka*, 20 Wall. (U. S. 1874) 565, 22 L. Ed. 455; *Munn v. Illinois*, 94 U. S. (1876) 113; *Fallbrook Irr. Dist. v. Bradley*, 164 U. S. (1896) 112; *Murphy v. California*, 225 U. S. (1912) 623; *Buchanan v. Warley*, 245 U. S. (1917) 60; *Green v. Frazier*, 253 U. S. (1920) 233; *Walls v. Midland Carb. Co.*, 254 U. S. (1920) 300; *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Rel.*, 262 U. S. (1923) 522.

ception populaire et un peu simpliste n'est pas erronée; elle correspond à une réalité, car, en fait, Etat et police sont étroitement liés.

C'est pour cette raison, sans doute, qu'il existe un parallélisme presque absolu entre les formes revêtues par l'une et par l'autre de ces institutions. Le pouvoir de police étant une émanation de l'Etat, son organisation dépend étroitement de l'organisation de celui-ci.

Aussi, est-il indispensable au début d'une étude sur le *police power* de rappeler quelques notions fondamentales concernant l'Etat.

Parmi celles-ci, deux d'entre elles présentent, pour le point que nous étudions, un intérêt particulier. Il s'agit, en premier lieu, de la mission qui incombe à l'Etat; il s'agit aussi des méthodes dont celui-ci use pour réaliser cette mission.

Méthode et mission n'ont pas toujours présenté dans l'Etat le même caractère. L'une et l'autre n'ont pas toujours été ce qu'elles sont aujourd'hui; et même, à une époque donnée, elles ne revêtent pas, dans différents pays, le même aspect. La raison de ces divergences est simple. Celles-ci proviennent de ce qu'un Etat est avant tout chose vivante; il naît, se développe et meurt; en un mot, il subit historiquement des évolutions au cours desquelles il se transforme. D'autre part, au même moment, cette évolution n'en est pas au même point dans différents pays; ces derniers n'atteignent pas tous à la fois le même développement.

Dans ces conditions, il est intéressant d'étudier les caractères de cette évolution sur les deux points que nous avons signalés :

A) En ce qui concerne la mission de l'Etat, celle-ci a subi une évolution extrêmement sensible. Le but primitif était à la fois simple et limité; il s'agissait seulement d'assurer l'ordre et de maintenir la paix à l'intérieur du groupe social; l'Etat se trouvait alors, pour employer une expression aujourd'hui consacrée, dans sa *phase policière*, mais bientôt ce rôle primitif et fondamental devint insuffisant. Le développement de la vie politique, les progrès de la vie économique allaient imposer aux

gouvernants d'autres devoirs. A l'époque contemporaine, ainsi que le dit si fortement le professeur Barthélemy¹ : « les fonctions de l'Etat sont devenues infiniment complexes; il n'est plus seulement législateur, juge et gendarme, il est devenu hygiéniste, il est devenu paternel, il veille à la santé publique, il lutte contre la maladie, la vieillesse, la misère, contre toutes les faiblesses et contre toutes les infériorités de l'homme ». Dès lors, l'Etat cesse d'avoir un rôle exclusivement policier; il devient également *Etat civilisateur*.

B) En ce qui concerne les méthodes d'action employées par les Etats, celles-ci ont subi une évolution marquée : à l'origine, l'activité de l'Etat était entièrement libre; « ci veut le roi, ci veut la loi » disait-on dans l'ancienne France, par exemple; mais peu à peu, la nécessité de lui imposer des limites se fit sentir. On chercha alors à soumettre l'Etat à la règle de droit. Ainsi, celui-ci passa du régime dit *de la police* sous le régime du droit ou, pour employer l'expression du doyen Berthélemy², sous le régime de la légitimité. Cette transformation eut sa répercussion sur les régimes juridiques des divers pays : chez ceux qui possédaient un régime administratif, on constate un développement du droit public dans le sens d'une réglementation rigoureuse de l'activité étatique; dans les pays anglo-saxons, elle provoque l'apparition de nombreux instruments judiciaires de protection des droits privés dont le *due process* fournit, à notre connaissance, l'exemple le meilleur.

L'évolution de l'Etat a exercé, sous les deux formes qui viennent d'être décrites, une influence directe sur la notion de pouvoir de police.

A) Sous sa première forme, cette évolution a eu pour effet d'augmenter de façon considérable les attributions de l'Etat. Celles-ci, rares à l'époque de l'*Etat policier*, deviennent innombrables avec l'*Etat civilisateur*. Or, parallèlement à ce mouvement, on constate une extension importante du contenu du pouvoir de police.

1. J. BARTHÉLEMY, *La résolution du 5 juillet 1926 et la Réforme des méthodes parlementaires*, Mélanges Hauriou, p. 3 (12).

2. Berthélemy, préface à l'ouvrage d'Otto Mayer, *Droit administratif allemand* (1903-1906) 4 vol.

De même que l'on distingue historiquement deux phases dans le développement de l'Etat, celle de l'Etat policier et celle de l'Etat civilisateur; de même il est possible également de reconnaître deux conceptions de la police qui, historiquement, se succèdent. Ainsi, on a pu opposer la « police sécurité », c'est-à-dire celle qui a seulement pour but le maintien de l'ordre, à la « police administration », cette dernière correspondant aux attributions nouvelles et si nombreuses de l'Etat civilisateur.

B) La deuxième forme de l'évolution étatique, celle qui fait succéder au régime de police un régime de droit, entraîne des conséquences opposées à celles de la première. Elle marque une tendance vers la réglementation de plus en plus précise de l'activité gouvernementale. La police, manifestation de cette activité, va normalement en subir l'effet incident; elle aussi sera soumise au droit, son exercice ne sera plus discrétionnaire.

Ainsi, il est possible de déterminer pour l'Etat, et avec lui pour le pouvoir de police, des règles générales d'évolution. Leur intérêt n'est pas seulement théorique, il est pratique aussi. Ces règles, en effet, permettent, lorsqu'on leur compare les réalisations positives de diverses législations, de déterminer à quel stade de leur évolution historique celles-ci sont parvenues.

30. En ce qui concerne le pouvoir de police, la comparaison qui peut être ainsi établie entre trois systèmes juridiques contemporains, les systèmes français, allemand et américain, s'avère particulièrement féconde.

En France, notre droit connaît à la fois la police sécurité et la police administration. Cependant, la première de ces deux formes reste de beaucoup la plus importante. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre une définition, classique en France³. D'après elle, la police serait « l'ensemble des services organisés ou des mesures prescrites en vue d'assurer le maintien de l'ordre, de la sécurité et de la salubrité à l'intérieur du pays ». Il résulte de cette formule que le but essentiel de la police est bien

3. BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 12^e édit., p. 272.

l'ordre public, c'est-à-dire la mission première de l'Etat⁴.

Une constatation identique pourrait être faite dans le droit allemand, celui-ci connaît également les deux aspects de la police, la *Sicherheitspolizei* et la *Wohlfahrtspolizei*; mais les définitions classiques que contiennent les ouvrages juridiques allemands indiquent clairement que seule la première de ces deux formes est pleinement développée. C'est ce qui résulte notamment de la définition célèbre du pouvoir de police donné par Otto Mayer⁵ : « La police, dit-il, est l'activité (déployée) par l'Etat, en vue de défendre par les moyens de la puissance d'autorité le *bon ordre* de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter. »

Dans ces conditions, on constate une certaine analogie entre les conceptions française et allemande de la police. L'une et l'autre sont organisées essentiellement autour de la notion d'ordre public.

Aux Etats-Unis, au contraire, il en va différemment. La conception de la police est ici beaucoup plus large. Elle est fort bien résumée dans une définition excellente, celle qui fut donnée par la Cour suprême fédérale à l'occasion du cas *Barbier V. Connolly*⁶ : « Le *police power*, y est-il dit, est le pouvoir de créer des règlements dans le but d'assurer au peuple la santé, la paix, la morale, l'éducation et le bon ordre public; il est aussi le pouvoir de légiférer pour accroître les industries dans l'Etat, développer ses ressources, augmenter sa richesse et sa prospérité⁷. » Cette longue formule, minutieuse et complète, contient dans ses termes les éléments que comprenaient les formules française et allemande. L'expression « ordre public » y est formellement employée; mais elle comprend bien d'autres éléments encore et notamment

4. D'autres définitions, prises chez d'autres auteurs, conduiraient à la même conclusion. Cf. HAURIOU, *Droit administratif*, 11^e édit., p. 445; DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e édit., t. II, p. 59; BONNARD, *Droit administratif* (1926), p. 397.

5. OTTO MAYER, l. c. t. II.

6. 113 U. S. 27.

7. Pour d'autres définitions du *police power*, cf. : 32 H. L. R. 231; MOTT, *Police Power* (tirage à part), p. 2; définitions : du juge GEORGES dans *Macon v. Patty* (57 Miss. 378 à 386, 1879); du juge TANEY dans le *Licence Case* (5 How. U. S. 504, 1847); de FREUND dans la préface de *The Police Power*; de TIEDEMAN dans la préface de son traité : *State and Federal Control of Persons and Property in the U. S.*; du juge HENSHAW (112 Cal. 468-473).

des éléments d'ordre économique; il y est question d'éducation, de puissance industrielle, presque d'impérialisme financier. C'est bien là le triomphe de la conception civilisatrice de l'Etat. Un gouvernement qui possède des pouvoirs de police aussi étendus que ceux indiqués dans la définition donnée plus haut n'est pas le simple protecteur des individus; sa mission est bien différente de la mission traditionnelle des pays européens. Il ne lui suffit plus d'assurer l'ordre et la sécurité publique; il lui faut aussi promouvoir par ses interventions l'essor économique du pays. Comment qualifier cette conception ? Au fond, c'est une conception tout opposée à la conception libérale des pays latins; elle n'est plus organisée autour de la notion d'ordre public au sens de tranquillité; elle l'est autour de la notion beaucoup plus générale d'intérêt public. C'est presque là une conception collectiviste. Par là les Etats-Unis ont un idéal qui, dans une certaine mesure, va rejoindre celui de la Russie soviétique.

Est-ce à dire cependant que l'intervention de l'Etat, dès l'instant qu'elle a pour but l'intérêt public, soit sans limite? Que non pas. Les Etats-Unis d'Amérique ont connu également la seconde évolution des formes étatiques que nous avons indiquée; chez eux l'intervention des pouvoirs publics ne doit pas être arbitraire, elle est soumise au régime du droit. Notamment en matière de police le pouvoir des Etats est limité par l'institution du *due process*.

C'est pourquoi il convient d'étudier successivement :

1^o Quelle est en droit américain la notion d'intérêt public.

2^o Les limites qui sont apportées à l'exercice du pouvoir de police.

II

31. Une analyse de la notion d'intérêt public ne semble pas, à première vue, devoir soulever de graves difficultés. L'intérêt public est chose universellement connue, ou du moins elle est prétendue telle; il n'est guère d'individus, en effet, qui reconnaissent ne pas avoir une idée entièrement précise de cette notion.

Cette constatation, certes, est réconfortante. Dans les

sociétés démocratiques, comme le sont généralement les sociétés modernes, il est indispensable que les citoyens aient une idée très claire de l'intérêt public, puisque aussi bien c'est sur eux que repose, pour une grande part, la gestion des intérêts nationaux.

Cependant, si l'on observe les faits avec plus d'attention, on est bien obligé de constater que ces conceptions individuelles de l'intérêt public sont parfois divergentes, voire même franchement antinomiques. Chacun croit détenir la conception exacte, la seule qui soit admissible, à l'exclusion de toute autre. De cette situation résulte une confusion certaine.

32 Il existe, cependant, une conception qui permettrait d'apporter la conciliation entre tant d'opinions divergentes; c'est celle qui donne à la notion d'intérêt public une acception extrêmement compréhensive. Serait d'intérêt public tout ce qui pourrait affecter, d'une façon quelconque, le groupe social.

Mais une notion ne gagne pas à être trop vaste; elle perd en général beaucoup de sa précision. D'autre part, admettre une définition semblable de l'intérêt public serait aboutir à un véritable despotisme de l'Etat. Dans une société moderne, il n'est rien (personne ou chose) qui n'ait de relations avec la société. Dans ces conditions, tout serait d'intérêt public; tout, par conséquent, pourrait être soumis au *police power*. On aboutirait ainsi à une conception collectiviste de l'Etat et au sacrifice des intérêts individuels.

33. Il faut donc dégager une conception plus restreinte de l'intérêt public. Ce n'est pas là chose aisée; et, à vrai dire, il est même entièrement impossible d'arriver sur ce point à une notion rigoureusement exacte et définitive. Les développements qui précèdent nous ont révélé la nature véritable de cette notion; l'intérêt public n'est pas d'essence juridique; il est politique avant tout. L'imprécision et le côté idéologique qui s'attachent aux choses de la politique lui sont donc inhérents.

Cette imprécision d'ailleurs, malgré des inconvénients indiscutables, n'est pas sans présenter quelques avantages. Sans doute, elle laisse la place à quelque peu d'arbitraire; mais en revanche, en évitant de donner, à la notion d'in-

térêt public, une parfaite précision de contours, bref, en n'en fixant pas la forme d'une façon définitive, elle permet à cette dernière d'évoluer. Elle lui donne ainsi la possibilité de pouvoir s'adapter aux circonstances nouvelles.

En fait, d'ailleurs, on constate que la notion d'intérêt public a subi, au cours de l'histoire américaine, de profondes transformations. Notamment, on remarque qu'elle s'est modifiée parallèlement à la notion d'Etat. Jadis, l'Etat avait des attributions peu nombreuses⁸; son rôle principal était de faire régner la paix à l'intérieur des frontières. A cette époque, la notion d'intérêt public était peu compréhensive. Alors, l'intérêt public exigeait le maintien de l'intégrité du territoire; à l'intérieur, il obligeait à réprimer le brigandage, à lutter contre les grands fléaux. Mais il n'était pas question d'utiliser pleinement et rationnellement les ressources naturelles du pays; l'intérêt public ne réclamait pas l'ouverture à tout prix, fût-ce par la force, de débouchés pour la production. Toutes ces questions relevaient exclusivement de l'initiative privée.

Aujourd'hui tout est changé. La vie politique et sociale, mais surtout la vie économique, ont subi de profondes transformations. La notion d'intérêt public s'est accrue de façon considérable. Grâce aux formes nouvelles de concentration des entreprises, les intérêts privés ont atteint de telles proportions que leur prospérité ou leur ruine affecte désormais l'équilibre de l'Etat lui-même. A l'heure actuelle, un gouvernement ne peut plus se désintéresser de la marche des principales industries du pays; c'est d'elles que son existence dépend pour une grande part. La crise économique actuelle et la forme qu'elle revêt en Amérique en fournissent un exemple remarquable.

L'intérêt public suppose donc désormais, non seulement le maintien de la paix extérieure et de l'ordre intérieur, mais aussi la défense de l'industrie et du commerce nationaux. L'intérêt public exige que l'Etat prenne des mesures pour assurer la prospérité des entreprises privées; il doit les protéger par des tarifs douaniers, les aider par une politique de crédit; bref, l'intérêt public suppose aujourd'hui l'organisation d'une véritable économie dirigée.

8. Cf. ci-dessus § 29.

D'autre part, la misère consécutive aux périodes de dépression, a pris des proportions si considérables que l'initiative privée, pourtant fort agissante en Amérique, s'est révélée insuffisante. Des services officiels d'assistance ont dû être organisés. Demain, peut-être, les Etats-Unis, qui répugnent encore à admettre dans leur législation le principe de l'assurance sociale, devront l'adopter.

Enfin, l'intérêt public exige le maintien d'une race saine et forte. Jadis, le rôle de l'Etat se bornait à des mesures prises pour lutter contre les épidémies. De nos jours, il faut également contrôler la vente des aliments et instituer un service de répression des fraudes; il faut enfin réglementer l'importation et la circulation des substances toxiques. Bien plus, certains Etats de l'Union américaine ont admis dans leur législation des mesures eugéniques comme la stérilisation des fous et des syphilitiques ou la production, par les fiancés, de certificats prénuptiaux.

On pourrait ainsi multiplier les exemples⁹: ceux qui ont été donnés suffisent cependant à montrer quelle extension considérable la notion d'intérêt public a reçue en droit américain.

Cette extension n'est-elle pas critiquable, ne contient-elle pas un danger? Rien ne permet de penser, en effet, que le développement de l'Etat touche à sa fin. Le spectacle des événements contemporains incite, au contraire, à croire que les interventions de l'Etat vont se multiplier. Tout récemment, les gouvernements des Etats du Texas,

9. Afin d'éviter, dans le texte, une énumération fastidieuse, nous nous bornons à indiquer brièvement dans cette note les directions dans lesquelles s'est dirigée en Amérique l'activité de l'Etat. On aura ainsi à la fois : le contenu matériel de la notion d'intérêt public et l'indication de ce qui constitue l'exercice normal du *police power*. Le tableau qui va suivre est inspiré par l'ouvrage de Freund (*l. c.*).

L'Etat a le devoir de pourvoir à deux sortes d'intérêts :

1° *Les Intérêts primordiaux de la société*, c'est-à-dire :

- A) La paix et la sécurité au regard des crimes;
- B) La sécurité et la santé des citoyens;
- C) L'ordre public et le confort;
- D) La morale publique.

2° *Les Intérêts économiques de la société*, c'est-à-dire qu'il doit assurer :

- A) La protection contre la fraude (poids et mesures; substitutions; imitations; falsifications; fidélité des préposés à leurs commettants);
- B) La protection des débiteurs (réglementation du taux d'intérêt; banqueroutes; contrats payables en or, etc.);
- C) La protection des travailleurs;
- D) La protection des consommateurs;
- E) La protection des ressources naturelles du pays et leur mise en valeur.

et du Wyoming prenaient des mesures draconiennes pour obliger les producteurs de pétrole à élever leurs prix de vente. Les fermiers de l'Ouest, ruinés par l'accumulation dans leurs silos de trois récoltes de blé, s'adressaient au gouvernement pour que celui-ci prit en mains leurs intérêts. Certains accords internationaux récents montrent au surplus que le gouvernement n'est pas demeuré sourd à cet appel. Dans toutes ces hypothèses, l'intérêt public a été invoqué.

Or, il faut le reconnaître, l'extension de cette notion présente un double danger :

1^o Au point de vue financier, elle peut aboutir à un véritable gaspillage des finances publiques. Comme l'écrivait le professeur Jèze¹⁰ : « La notion d'intérêt public peut être entendue dans un sens abusif, et c'est là un très grand péril qui menace les démocraties modernes : les élus du peuple font souvent de folles libéralités à leurs électeurs, dans l'espoir de mériter leur reconnaissance et de se faire réélir. » Et le Professeur Jèze citait précisément à l'appui de son assertion, des exemples tirés de l'histoire américaine contemporaine : les *Rivers and Harbors Appropriations*, les pensions politiques, les primes de démobilisation accordées aux soldats américains de la Grande Guerre.

2^o Au point de vue constitutionnel, l'extension continue des attributions de l'Etat peut susciter de sérieuses craintes relativement à l'existence des libertés individuelles. En face de cette évolution, dont les faits contemporains semblent démontrer le caractère inéluctable, on peut se demander quel sera désormais le sort réservé aux droits privés. Ne va-t-on pas assister à un bouleversement total de l'équilibre politique traditionnel ? L'ancienne conception individualiste issue de la philosophie française du XVIII^e siècle et accueillie par la Constitution américaine subsistera-t-elle ou au contraire sera-t-elle submergée par les tendances interventionnistes de la vie moderne ?

34 C'est là une question à laquelle il est difficile de répondre. Cependant, en Amérique, l'avenir ne sera peut-être pas aussi fatal pour les libertés individuelles que l'on

10. *Cours élément. de Sc. des Finances*, 1931, p. 50 (V).

pourrait le croire. Ceci provient de l'existence dans la Constitution d'un pouvoir régulateur et modérateur, le pouvoir judiciaire.

Celui-ci exerce sur la notion d'intérêt public une double influence :

A) Tout d'abord, il a cherché à préciser cette notion; ainsi, il est parvenu à la rendre moins facilement extensible, partant moins dangereuse. Dans cette voie, les Cours américaines se sont attachées à déterminer un critérium précis de ce qu'il faut entendre par intérêt public.

Dans cette œuvre, elles firent preuve, non seulement de qualités juridiques, mais d'esprit pratique. Leur méthode fut positive. Elles examinèrent, non pas exclusivement les principes, mais aussi les faits. Pour chaque espèce qui leur était soumise, une décision intervenait. Peu à peu une véritable doctrine de l'intérêt public fut constituée grâce à cette méthode que les Américains ont appelée le procédé d'exclusion et d'inclusion. Dans certaines hypothèses, les Cours ne rencontrèrent que peu de difficultés : l'intérêt public était manifeste et aucune contestation ne pouvait être élevée. Dans d'autres cas, au contraire, la question était plus délicate à trancher. Les Cours alors recherchèrent quel était le but des actes qui leur étaient soumis : ceux-ci visaient-ils à servir la communauté? Devaient-ils, au contraire, profiter à un individu ou à un groupe d'individus seulement? Telle était dans ses grandes lignes la doctrine dite du bénéfice qui permit aux juges américains d'obtenir d'excellents résultats.

B) En second lieu, les Cours américaines s'efforcèrent de maintenir la notion d'intérêt public dans les cadres traditionnels. C'est ce que déclarait le juge Miller lorsqu'il écrivait dans *Loan Association v. Topeka*¹¹ : « En décidant si l'objet pour lequel les impôts sont établis tombe d'un côté ou de l'autre de cette ligne (la ligne qui sépare les objets d'intérêt public et les objets d'intérêt privé), les tribunaux doivent être principalement dominés par les coutumes et les usages... »

11. 20 Wall. (U. S.) 655.

C'est pour réaliser ce second objectif que les Cours s'efforcèrent de soumettre le pouvoir de police des Etats au *due process*.

III

35. Dès les débuts du xix^e siècle, les Cours de justice s'étaient aperçues que le pouvoir de police méritait d'être limité. Mais elles ne s'engagèrent que timidement dans cette voie. L'initiative vint des Cours d'Etats. Dès 1827, les Cours de l'Etat de New-York accueillèrent deux instances où était attaqué le principe même de l'exercice libre par l'Etat du *police power*¹². Cet exemple devait être suivi, peu après, par les Cours du Massachusetts¹³ et de l'Alabama¹⁴.

L'argument invoqué était le suivant : Le *police power*, disaient les juges, a son origine dans le *common law*; il doit, par conséquent, respecter dans son exercice les règles qu'édicte ce dernier. Le *police power* n'est donc légitime qu'autant qu'il n'entre pas en conflit avec le *common law*.

Ce raisonnement ne constituait qu'un point de départ : il contenait en germe toute une évolution juridique. Nous avons en effet montré ailleurs comment le *common law* se trouvait à l'origine de la grande clause américaine de protection des droits privés, du *due process*. L'histoire de la limitation juridique du *police power* nous donne une nouvelle illustration de cette filiation. Lorsque les juges des Cours d'Etats proclament que l'exercice du *police power* doit, pour être légitime, se conformer aux principes généraux du *common law*, ils annoncent déjà l'intervention, dans ce domaine, du *due process*. Sur ce terrain encore, le *common law* devait être le fourrier du *due process*¹⁵.

Cette évolution latente trouva l'occasion de se réaliser entre 1850 et 1860¹⁶. A cette époque, la plupart des Etats émirent, dans le but de lutter contre l'alcoolisme, de nombreuses lois dites de prohibition. Ces lois donnaient aux Etats des moyens de lutte : grâce à elles, ceux-ci

12. *Vanderbilt v. Adams*, 7 Cow. (N. Y.) 349; *Stuyvesent v. N. Y.*, 7 Cow. (N. Y.) 588.

13. *Baker v. Boston*, 12 Pick. (Mass. 1831) 184.

14. *Mayor of Mobile v. Guille*, 3 Ala. (1841) 137.

15. Cf. *Commonwealth v. Alger*, 7 Cush. (Mass.) 53; *Thorpe v. Rutland*, 27 Vt. 140.

16. Cf. MOTT, l. c., sec. 118; FREUND, *Standards of American Legislation*, pp. 197-199, *Police Power*, secs. 205-212.

pouvaient, en vertu de leur *police power*, procéder à la destruction sommaire de toutes les boissons et de toutes les liqueurs prohibées. Ainsi les Etats se voyaient attribuer le droit de détruire des objets susceptibles de propriété sans qu'aucune garantie fût donnée aux propriétaires légitimes. C'était là, semblait-il, violer la Constitution et notamment le Ve amendement qui prévoyait que « nul ne pourrait être privé de ses biens sans *due process* ». L'occasion était donc favorable pour faire intervenir la clause du Ve amendement; elle fut saisie par les juridictions américaines.

En 1850, une Cour de l'Etat de New-York, ayant à statuer sur une loi de prohibition, rendit un arrêt célèbre, dans le *Wynehamer-case*¹⁷ : sept juges sur neuf y déclaraient la loi inconstitutionnelle parce qu'elle violait le *due process*. Encore faut-il remarquer que, sur la question du principe, cette majorité se transformait en unanimité. Les juges dissidents, en effet, ne s'opposaient à leurs collègues que sur le terrain des faits, et s'ils critiquaient les conséquences pratiques de l'arrêt, ils admettaient eux aussi que le *police power* des Etats pouvait être limité par le *due process*.

Cette décision devait faire exemple. En effet, des Cours, dans le Delaware¹⁸, puis dans l'Alabama¹⁹, suivirent bientôt la Cour de New-York dans la voie qu'elle avait ouverte. Cette dernière, d'ailleurs, devait saisir, en 1866, une nouvelle occasion de revenir sur sa jurisprudence et de la préciser dans le cas *Metropolitan Board of excise v. Barrie*²⁰.

Mais ces premiers arrêts ne tiraient pas encore du principe nouvellement proclamé toutes les conséquences que celui-ci comportait. Le *due process* du Ve amendement n'était encore qu'une garantie formelle. Les Cours ne permettaient guère aux plaideurs de l'invoquer que lorsque des règles de procédure étaient en jeu. C'est ainsi qu'en 1853²¹, une cour du New-Hampshire, ayant à statuer sur

17. *Wynehamer v. People*, 13 N. Y. 378; 12 How. Pr. 328.

18. *State v. Allmond*, 2 Houst (Del.) 612.

19. *Dorman v. State*, 34 Ala. 216.

20. 34 N. Y. 657.

21. *Pierce v. State*, 13 N. H. 536.

une mesure prise par un Etat en vertu de son *police power*, la déclarait inconstitutionnelle pour la raison qu'elle n'assurait pas un jugement régulier par le jury. La même année, les juges du Maine se prononçaient dans le même sens dans le cas *Saco v. Wentworth*²².

Cette tentative de limitation du *police power* était donc timide encore. Elle ne pouvait pas entraîner en pratique une diminution importante de l'activité des Etats. Cependant, malgré son caractère modéré, elle devait provoquer des résistances dans certaines Cours. Dans l'Illinois, des juges déclarèrent que « les rédacteurs de la Grande Charte, ceux de la constitution des Etats-Unis et de la Constitution de l'Etat n'avaient jamais entendu modifier, diminuer ou détruire le pouvoir de police du gouvernement²³. » Deux autres Cours, dans le Rhode-Island²⁴ et dans le Michigan²⁵, menèrent également une lutte vigoureuse contre la jurisprudence du *Wynehamer case*. Mais cette opposition n'eut pas de conséquences définitives. Elle ralentit l'évolution commencée, mais ne parvint pas à l'arrêter. En 1859, dans la Caroline du Nord²⁶, une Cour proclamait à nouveau la possibilité d'invoquer le *due process* pour apporter au *police power* des limites raisonnables; aucune protestation ne s'éleva; le principe était admis.

36. La Cour suprême fédérale se tint assez longtemps à l'écart des discussions que nous venons de résumer. Alors que, dès 1850, le principe de la limitation du *police power* était admis par les Cours d'Etats; la Cour suprême des Etats-Unis semble ignorer, jusqu'en 1856, cette jurisprudence nouvelle.

A cette date cependant, le président d'alors, rendant une opinion dans le fameux cas *Dred Scott*²⁷ admet incidemment que le *due process* peut être invoqué pour diminuer le domaine d'application du *police power*. Mais il ne s'agit en l'espèce que d'une simple allusion; il n'y

22. 37 Maine 165.

23. *Goddard v. Jacksonville*, 15 Ill. 588 (590).

24. *State v. Paul*, 5 R. I. 185.

25. *Sears v. Cottrell*, 5 Mich. 251.

26. *State v. Glen*, 52 N. Car. 321.

27. *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. (U. S. 1856, 393).

a pas affirmation expresse d'un principe pouvant servir de base à un développement jurisprudentiel ultérieur, L'opinion émise par le président Taney n'a donc, sur ce point, qu'une valeur toute relative; elle nous montre que, malgré les apparences, certains juges de la Cour suprême fédérale s'intéressaient aux efforts faits par les Cours d'Etats pour soumettre le *police power* au *due process*. S'ils hésitaient encore à consacrer définitivement cette conception nouvelle en l'incorporant à la jurisprudence de la plus haute juridiction du pays, ils la connaissaient du moins et l'envisageaient parfois avec faveur.

Treize ans plus tard, en 1869, le principe était expressément proclamé par la haute cour fédérale dans le premier des *Legal Tender cases*²⁸. Il y était admis dix-neuf ans après le *Wynehamer case*, par conséquent avec un retard considérable. Mais ce long délai avait été mis à profit par les juges fédéraux : ils étaient en effet arrivés à une conception singulièrement large du rôle du *due process* dans ses rapports avec le *police power*. Que l'on en juge plutôt par l'exposé des faits de l'espèce : Les Etats de l'Union avaient été amenés, pendant la guerre civile, à émettre du papier monnaie en quantités massives. La conséquence économique de cette émission ne s'était pas fait attendre et le pouvoir d'achat de la monnaie nouvelle avait diminué dans des proportions telles que certains créanciers exigeaient le paiement soit en monnaie métallique, soit en valeur réelle. Devant cette situation, les gouvernants, invoquant leur *police power*, décidèrent que la monnaie nouvelle aurait pouvoir libératoire à l'égard de toutes les dettes, même de celles contractées avant le vote de la loi d'émission. Certains citoyens protestèrent qu'une pareille mesure n'entraînait pas dans l'exercice légal du *police power* et la Cour fut saisie. Elle déclara que, certes, les Etats avaient le pouvoir d'émettre de la monnaie, mais qu'il s'agissait d'un pouvoir implicite, limité par le *due process*. En l'espèce, l'exercice de ce pouvoir avait eu pour effet de diminuer la valeur de la monnaie au détriment des créanciers; par là il entravait la liberté contractuelle et violait le *due process*. Il fut déclaré arbitraire et illégal.

28. *Hepburn v. Griswold*, 8 Wall. 603.

Cette décision de la Cour suprême des Etats-Unis introduisait dans le droit fédéral la jurisprudence du *Wynehamer case*. Mais elle lui donnait aussi une portée nouvelle. Vers 1850, lorsque les Cours d'Etat parlaient de *due process*, elles invoquaient seulement le Ve amendement. En 1869 au contraire le XIV^e amendement est déjà voté; à cette époque, par conséquent, donner comme limites au *police power* le respect du *due process* c'est faire œuvre beaucoup plus hardie. Désormais la limite n'est plus seulement une limite de procédure, elle intéresse également le fond du droit²⁹.

Mais ce changement jurisprudentiel était trop brutal. Sans doute le raisonnement de la Cour suprême fédérale était logique : il correspondait bien à l'esprit général du *due process*; ses conséquences pratiques cependant étaient inacceptables. Aussi de nombreuses protestations s'élevèrent-elles. Le juge Miller critiqua véhémentement l'extension que l'arrêt apportait aux textes constitutionnels et particulièrement au Ve amendement. « Cet argument est trop vague, disait-il. Il suppose que les effets indirects d'une grande mesure publique, ayant pour conséquence la dépréciation des terres, des valeurs mobilières... et des droits nés des contrats, rendent une loi inconstitutionnelle parce qu'elle prend la propriété sans *due process*. » Après lui, le juge Strong déclarait dans un autre *Legal Tender case*³⁰ : « La clause de *due process* a toujours été considérée comme s'appliquant seulement à une appropriation directe des biens; elle ne s'applique pas à des atteintes résultant de l'exercice d'un pouvoir légal »; et plus loin il indiquait que le *due process* « n'a jamais été considéré comme devant arrêter des lois qui indirectement causeraient un tort ou une perte aux individus ».

La campagne menée par les juges Miller et Strong atteignit son but. Le développement de l'usage fait du *due process* comme une limite au *police power* fut arrêté, tant il est vrai que des réformes doivent être progressives et que des modifications brusques entraînent des réactions.

29. Cf. ci-dessus les développements contenus dans les § 19 et 20.

30. 12 Wall. (U. S. 1870), 457.

Cependant cette interruption ne devait être que momentanée. L'impulsion donnée par le XIV^e amendement à l'utilisation du *due process*, l'insistance que montraient les plaideurs à invoquer les textes constitutionnels lorsqu'ils étaient atteints dans leurs droits par une réglementation d'Etat eurent raison des hésitations de la Cour.

Sans doute, la jurisprudence manifesta, quelque temps encore, de l'incertitude, mais bientôt intervenait un dictum fameux du président Waite dans *Stone v. Farmers Loan and Trust Co*³¹. Le caractère limité du *police power* y était souligné : « Le pouvoir de réglementer, était il dit, n'est pas le pouvoir de détruire et une limitation n'est pas l'équivalent d'une confiscation. Sous prétexte de réglementer les prix et les tarifs, l'Etat ne peut pas exiger d'une compagnie de chemins de fer qu'elle transporte des personnes ou des objets sans redevance, de même qu'il ne peut faire une loi qui aboutirait à une privation de propriété sans *due process*. » Deux ans plus tard, la jurisprudence nouvelle était confirmée dans *Dow v. Beidelman*³². Enfin les ultimes hésitations des juges disparaissaient définitivement en 1894 : Dans le cas *Reagan v. Famers Loan and Trust Co*³³, un règlement de police d'Etat était déclaré inconstitutionnel parce qu'incompatible avec le *due process*. Le principe était encore affirmé à deux reprises, en 1897 dans *Gulf Co and R. Co v. Ellis*³⁴ et en 1898 dans *Smyth v. Ames*³⁵.

A la fin du XIX^e siècle, par conséquent, l'évolution est achevée. L'indépendance respective du *due process* et du *police power* a pris fin. La subordination du second au premier est désormais incontestée et de nombreux arrêts continuent à l'affirmer tant à la Cour suprême des Etats-Unis que dans les Cours d'Etats.

C'est au terme de cette évolution qu'il convient d'étudier avec précision les solutions de la jurisprudence et d'exposer quelles règles sont imposées aux Etats dans l'exercice du *police power*.

31. 116 U. S. 307.

32. 125 U. S. 680.

33. 154 U. S. 362.

34. 165 U. S. 150.

35. 169 U. S. 466.

37. Lorsque l'on dépouille la littérature juridique américaine sur le *police power*, on trouve à chaque instant des expressions types qui reviennent sans cesse sous la plume des auteurs. En ce qui concerne les conditions d'exercice du *police power*, les juristes américains répètent à satiété que celui-ci doit se manifester par le moyen de « lois égales, justes et impartiales », que ces lois « ne doivent pas être arbitraires, déraisonnables et oppressives ». Que signifient exactement, ces expressions et que doit-on entendre par loi raisonnable, loi impartiale, loi non oppressive ?

La réponse à ces questions est fournie par la jurisprudence constitutionnelle américaine. Elle décide que les lois édictées par l'Etat en vertu du *police power* doivent répondre à quatre conditions principales :

1° *Les lois doivent être conformes à l'intérêt public* : C'est là une condition sur laquelle il n'y a pas lieu d'insister. L'intérêt public est en effet la raison d'être et la base même du pouvoir de police.

2° *L'objet de la législation doit être licite.*

3° *La législation de l'Etat ne doit pas violer les droits fondamentaux des individus.* Nous trouvons ici l'obligation, pour l'Etat, de respecter le *due process*. Mais les Cours américaines n'exigent pas que cette règle soit appliquée de façon stricte. C'est ainsi qu'elles en ont admis une application souple dans *Mugler v. Kansas* et surtout dans *Samuels v. Mc. Curdy*.

4° La quatrième condition présente un intérêt beaucoup plus grand. Elle a pour but de pallier à un danger que la pratique juridique avait révélé réel dans le droit américain. Il arrivait, en effet, que des Etats, gênés dans leur action par les restrictions constitutionnelles usassent, du stratagème suivant : Ils édictaient une loi à laquelle ils donnaient un but avoué et officiel, alors qu'en réalité un autre but était poursuivi. En d'autres termes, l'acte avait deux buts : un but ostensible, pourrions-nous dire, et un but secret. Un exemple excellent en est fourni par une loi scolaire de l'Oregon. Cette loi, sous le prétexte de protéger la morale des enfants, obligeait à fréquenter les écoles publiques. Il en résultait une véritable expropriation pour les institutions privées. La Cour suprême

fut saisie et elle déclara la mesure inconstitutionnelle dans l'arrêt fameux *Pierce v. Society of Sisters*.

C'est pour éviter de semblables abus que les Cours décidèrent que l'exercice du pouvoir de police devait, pour être régulier, ne comporter que des moyens ayant un rapport direct et raisonnable avec le but indiqué. C'était là une règle de bon sens; elle présentait cependant de réelles difficultés d'application. Que fallait-il en effet entendre par rapports directs et raisonnables ? En l'espèce il s'agissait pour les Cours de déterminer si les moyens employés par la loi n'étaient pas plus sévères que ne l'exigeait le but à atteindre, et s'ils ne visaient pas autre chose que ce but. C'était là une question de fait et nulle part les Cours ne posèrent les principes généraux d'application. Il est cependant possible de dégager des arrêts certaines règles qui déterminent les décisions des Cours sur ce point. C'est ainsi qu'il est admis que le choix des moyens appartient à la législature d'Etat. D'autre part, les Cours, dans un esprit libéral, ont décidé qu'un statut n'était pas inconstitutionnel pour la raison que les moyens employés pouvaient sembler « inexpédients » ou trop durs.

CHAPITRE IV

L'EMINENT DOMAIN ET LE TAXING POWER

I. *Introduction.* — 38. Caractère spécialisé de ces deux institutions.

II. *Le pouvoir d'émminent domain.* — 39. Sources. — 40. Rapports du pouvoir d'émminent domain et du *due process*. —

41. Conditions d'exercice du pouvoir d'émminent domain.

III. 42. *Le taxing power.*

I

38. La notion d'intérêt public justifie l'existence, au profit de l'Etat, de deux autres pouvoirs : le pouvoir d'*émminent domain* et le *taxing power*.

Ces deux pouvoirs correspondent chacun à une attribution de l'Etat, nettement déterminée : Le premier, le pouvoir d'*émminent domain*, peut être considéré comme un équivalent de notre droit d'expropriation; le second n'est autre que le droit de lever des taxes et des impôts.

En raison de leur caractère spécialisé, ces deux pouvoirs ne présentent pas une importance aussi grande que le *police power*; cependant leur existence est, pour le fonctionnement de l'Etat, une nécessité absolue.

II

39. En droit américain, le pouvoir d'*émminent domain* trouve sa source dans le Ve amendement. Ce texte, qui est

BIBLIOGRAPHIE. — A. *Relative à l'émminent domain.* Ouvrages de doctrine : LEWIS, *Eminent Domain*, 3^e ed.; C. F. RANDOLPH, *Law of Eminent Domain*; T. M. COOLEY, *Constitutional Limitations*, p. 663; BURDICK, *Law of the American Constitution*, secs. 158, 190-191, 260-264; MOTT, *Due Process of Law*, pp. 296-298, 437-438.

Textes judiciaires : *Pumpelly v. Green Bay Co*, 13 Wall. (1871), 166; *U. S. v. Jones*, 109 U. S. (1883), 513; *Searl v. School Dist.*, 133 U. S. (1890), 553 (562); *Utah Power Co v. U. S.*, 243 U. S. (1917), 389; *Pennsylvania Hospital v. Philadelphia*, 245 U. S. (1917), 20.

B. *Relative au taxing power.* a) Ouvrages de doctrine : G. JÈZE, *Science des Finances* (1910), p. 337-356; 358-362; BURDICK, *Law of the American Constitution*, secs. 280-281; MOTT, *Due Process of Law*, p. 444-449; COOLEY T. M., *Law of Taxation*; GRAY J. M., *Limitations on the Taxing Power*; PAGE H., *Law of Taxation and Special Assessments*.

b) Textes judiciaires : *Loan Association v. Topeka*, 20 Wall. 664; *Norwood v. Baker*, 172 U. S. (1898), 269; *Magoun v. Illinois*, 170 U. S. (1898), 283; *Quong Wing v. Kirkendall*, 223 U. S. (1912), 59; *Green v. Frazier*, 253 U. S. (1920), 233; *Sioux City Bridge Co v. Dakota Co*, 260 U. S. (1923), 441.

aussi celui qui contient la première clause de *due process*, stipule que : « Nulle propriété ne pourra être prise, pour un usage public, sans une compensation équitable. »

Cet amendement ne doit pas être considéré comme l'origine première du pouvoir d'*eminent domain*; il en comporte seulement une réglementation.

Le pouvoir d'*eminent domain*, en effet, correspond à une nécessité gouvernementale absolue; à toute époque il a existé et la réglementation que contient, à son égard, le V^e amendement ne constitue qu'un progrès réalisé dans le sens de l'adoption d'un régime de droit succédant à un état de fait.

40. Il est une question qui a beaucoup préoccupé les juristes américains; c'est celle des rapports du pouvoir d'*eminent domain* avec le *due process*.

Certains d'entre eux soutiennent qu'il y a une indépendance absolue entre ces deux institutions¹. Ils font, à cet égard, valoir deux arguments principaux :

En premier lieu, ils font observer que le pouvoir d'*eminent domain* est prévu par le V^e amendement seulement. Le *due process* au contraire est réglementé d'abord, il est vrai, par le V^e amendement; mais il l'est surtout par le XIV^e amendement. De ce fait il résulte que les deux institutions ont été traitées différemment par le législateur constituant. Par là, ce dernier a affirmé officiellement qu'il s'agit bien de deux institutions indépendantes.

D'autre part, si l'on ne considère le V^e amendement seulement, la même intention apparaît encore. Ce texte contient en lui deux clauses différentes, l'une correspondant au *due process*, l'autre au pouvoir d'*eminent domain*. Or, deux fragments distincts d'un même texte ne doivent pas être appliqués à la même institution.

Mais ces arguments sont d'ordre purement formel et il n'y a pas lieu de leur attribuer une importance définitive.

La Cour suprême des Etats-Unis a, au contraire, proclamé, à maintes reprises, que le pouvoir d'*eminent domain* était soumis au *due process*². Le *due process* a donc eu, sur

1. Cf. le juge MILLER dans *Davidson v. N. Orleans*, l. c.

2. Cf. notamment : *Searl v. School Dist.*, 133 U. S. (1890) 553; *Chicago B. v. Chicago*, 166 U. S. (1897) 226.

le droit d'*eminent domain*, la même influence que celle qu'il a exercée sur le *police power*. C'est lui qui, en grande partie, a façonné ce droit; il lui a imposé certaines directives.

41. Quelles sont donc les conditions d'exercice du pouvoir d'*eminent domain*. Elles sont au nombre de deux principales, l'une et l'autre imposées par le V^e amendement.

1^o. En premier lieu, l'expropriation ne peut intervenir que moyennant une compensation équitable. Que faut-il entendre par compensation équitable? Les Cours américaines admettent que celle-ci consiste en une indemnité pécuniaire dont le montant doit correspondre à la valeur marchande des biens expropriés.

2^o. En second lieu, le pouvoir d'*eminent domain* ne peut être exercé que pour un usage public. Ce principe a eu pour conséquence de limiter le nombre des bénéficiaires de l'*eminent domain*.

Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis a admis qu'il y avait usage public et que, en conséquence, l'exercice du pouvoir d'*eminent domain* était légitime dans les hypothèses suivantes :

a) Lorsque la propriété confisquée était utile à l'Etat ou à l'une de ses subdivisions.

b) Lorsqu'elle devait servir à un *public building*, tel qu'une école pas exemple³.

c) Lorsqu'elle était indispensable au fonctionnement d'une entreprise d'utilité publique. (La Cour suprême, à cet égard, reconnu comme telles : les sociétés de distributions du gaz, de l'eau, de l'électricité⁴, celles ayant pour but l'établissement de grandes routes⁵; les compagnies de chemins de fer⁶, de télégraphe ou de téléphone⁷; enfin les sociétés assurant le transport et la distribution du pétrole⁸.)

d) Lorsque la propriété expropriée, enfin, devait être utilisée par des syndicats de propriétaires constitués en vue

3. *Kohl v. U. S.*, 91 U. S. 367; LEWIS, *Eminent Domain*, 3^e ed., p. 270.

4. *U. S. v. Great Falls Mfg. Co.*, 112 U. S. 645.

5. *Luzton v. North River Bridge Co.*, 153 U. S. 525.

6. *Union Lime Co. v. Chicago et N. W. R. Co.*, 233 U. S. 211.

7. *Pierce v. Drew*, 136 Mass. 75.

8. *West Va. Trans. Co. v. Volcanic Co.*, 5 W. Va. 382.

d'opérations d'irrigations⁹ ou de drainage¹⁰ ou bien pour le tracé de parcs publics¹¹ ou de cimetières¹².

Certaines Cours même se montrèrent plus libérales en ce qui concerne l'octroi du pouvoir d'*eminent domain*. Elles admirent que son exercice était légitime non seulement lorsqu'il y avait usage public, mais aussi lorsqu'il y avait seulement bénéfice retiré de l'opération par le public¹³.

Lorsque ces conditions sont remplies, le bénéficiaire du pouvoir d'*eminent domain* peut alors exercer son droit à l'égard de toute propriété, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse de propriété tangible ou intangible¹⁴.

III

42. Le meilleur exemple qui puisse être donné de l'antagonisme qui oppose l'Etat aux individus est certainement fourni par le pouvoir de taxation. Ceci ne doit pas surprendre. La perception des impôts présente en effet une manifestation de ce conflit qui non seulement est matérielle, mais qui, par surcroît, est comptable. Dans le monde moderne, l'Etat voit croître, chaque année, ses attributions; par là même ses dépenses augmentent sans cesse et le sacrifice demandé aux particuliers est, chaque année, plus lourd. Cette évolution est à l'origine d'une lutte perpétuelle entre les contribuables et l'administration.

Comment ce conflit est-il réglé en Amérique? L'article 1^{er}, n° 8, de la Constitution fédérale prévoit que : « Le Congrès aura le pouvoir : d'imposer et de percevoir des taxes, droits, impositions et excises pour payer les dettes et pourvoir à la commune défense et au bien-être général des Etats-Unis, mais que tous les droits, impôts et excises seront uniformes dans tous les Etats-Unis ».

Ce texte contient et résume l'ensemble des règles applicables au pouvoir de taxation :

9. *Fallbrook v. Bradley*, 164 U. S. 112.

10. *Sweet v. Rechel*, 159 U. S. 380.

11. *Shoemaker v. U. S.*, 147 U. S. 282.

12. 15 Cyc. 600.

13. Cf. *Strickley v. Highland Boy Min. Co*, 200 U. S. 527.

14. Sur la propriété tangible et la propriété intangible, cf. le chapitre Propriété.

1^o Et tout d'abord, l'existence d'un pouvoir de taxation est reconnu au profit de l'Etat fédéral. Il ne pouvait pas en être autrement puisque ce pouvoir correspond à une nécessité absolue.

2^o. Mais, en second lieu, ce pouvoir n'est pas sans limite. Ceci résulte du texte même de la Constitution que nous avons cité. C'est aussi ce que la Cour suprême des Etats-Unis a reconnu formellement. Dans le *Licence case*¹⁵, elle déclarait « que le *taxing power* avait été donné au Congrès... avec une exception unique et deux qualifications. Celui-ci ne pouvait pas établir de droits à l'exportation, d'autre part il devait établir les impôts directs d'après les règles de l'*apportionment* et les impôts indirects d'après la règle de l'uniformité. Dans ces limites, et dans ces limites seulement, il atteignait chaque sujet et pouvait être exercé discrétionnairement. »

En réalité, le pouvoir de taxation, comme le *police power* et comme le pouvoir d'*eminent domain*, est soumis au *due process*. Ce dernier, par conséquent, lui impose certaines limitations dont nous allons indiquer les principales :

A) En premier lieu, le pouvoir de taxation ne peut être exercé que dans un but public. C'est ce que déclarait formellement la Cour suprême des Etats-Unis dans *Fallbrook Irrigation dist. v. Bradley*¹⁶. « La clause de *due process* n'impose pas de limitations spéciales au droit qu'ont les Etats de percevoir des taxes; mais cette clause a établi que ce pouvoir des Etats ne comporte pas le droit d'imposer des taxes dans un but purement privé. » Une Cour de l'Etat de Pensylvanie exprimait cette idée avec plus de force encore¹⁷: « Le pouvoir de lever des impôts, disait-elle, appartient au législatif; mais prendre la propriété du citoyen pour un but privé sous prétexte d'impôt, ce n'est pas établir un impôt; c'est voler. »

Dans ces conditions, les Cours constitutionnelles ont le

15. 5 Wall. 462.

16. 164 U. S. 112.

17. *Sharpless v. Mayor of Philadelphia*, 21 Pa. St. 147.

devoir de prononcer l'annulation de lois établissant des impôts ne répondant pas à un besoin d'intérêt général.

B) En second lieu, les Etats doivent, dans l'exercice de leur pouvoir de taxation, respecter le principe d'égalité. Cette condition est imposée formellement par l'art. 1^{er}, n° 8, de la Constitution fédérale; elle résulte également de la clause d'égalité du XIV^e amendement¹⁸. Ce principe est d'ailleurs appliqué de façon souple et raisonnable.

C) Enfin, en vertu de l'art. 1^{er}, sect. 10, de la Constitution fédérale l'exercice du *taxing power* ne doit pas porter atteinte à l'obligation résultant des contrats. Ce principe est appliqué avec l'esprit de tolérance que nous avons précédemment décrit¹⁹.

18. Cf. ci-dessus § 25 à 28.

19. Cf. ci-dessus § 23 et 24.

CHAPITRE V

LA RULE OF REASONABLENESS ET LA BALANCE OF CONVENIENCE

I. *Introduction.* — 43. Le problème gouvernemental; la solution judiciaire qui lui est donnée aux Etats-Unis. — 44. *La balance of convenience*; définition; caractéristiques.

II. *La rule of reasonableness en période normale.* — 45. Imprecision de cette règle. — 46. Principes directeurs en la matière: A) Recours à la tradition; B) But public; C) Règle des relations réelles et substantielles. — 47. Véritable nature juridique de la règle de raison. — 48. Appréciation critique du système.

III. *La rule of reasonableness en cas d'emergency.* — 49. Définition de l'*emergency*. — 50. Possibilité, en cas d'*emergency*, de limiter l'étendue des libertés individuelles. — 51. Réglementation de l'*emergency* — 52. Exemples d'*emergency*: A) en temps de paix; B) en temps de guerre.

I

43. Toute organisation sociale a pour effet de mettre en présence des intérêts opposés. Les individus cherchent avant tout la tranquillité, ils veulent jouir en paix du fruit de leurs efforts; les gouvernants, au contraire, veulent assurer la prospérité et la grandeur de l'Etat auquel ils appartiennent; dans ce but, ils sont prêts à affronter les difficultés que peuvent susciter la politique internationale ou la situation intérieure du pays.

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine: MOTT R. L., *Due Process of Law*, pp. 344-360, 423-431; BURDICK, *Law of the American Constitution*, § 99; HAINES C. G., *Judicial Review of Legislation in the U. S. and the Doctrines of Vested Rights*, Texas Law Rev., vol. III, n° 1, dec. 1924 (p. 24 et sq. du tirage à part); HALL A. B., *Housing and the Police Power, Housing Problems in America*, Proceedings of 4th National Conference on Housing (1915) pp. 3-21; FREUND E., *Police Power*, secs. 504-519; 529-560; FREUND E., *Standards of American Legislation*, pp. 84-103; DODD W. F., *Constitutionality of Emergency Rental Regulation*, 28 W. Va. L. Q. (Ja. 1922) 125; WILLOUGHBY, *Government Organization in War Time and After* (N. Y., 1919); HOUGH, *Law in War Time*, 31 Harv. L. R., 692; WAMBOUGH E., *War Emergency Legislation*, 30 Harv. L. R., 663; *The Supreme Court and unreasonable Searches*, 38 Yale L. J., p. 77 (1929).

b) Textes judiciaires: *American Print Works v. Lawrence*, 23 N. J. L. (1851) 590; 57 Am. Dec. 420; Hall., 669; *People v. La Fetra*, 230 N. Y. 429 (1921); *Block v. Hirsch*, 256 U. S. (1921) 135; *Pennsylvania Coal Co v. Mahon*, 260 U. S. (1922) 393; *Omnia Co v. U. S.*, 261 U. S. (1923) 502; *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. (1923) 390; *Jay Burns Making Co v. Bryan*, 264 U. S. (1924) 504; *Buck v. Bell*, 274 U. S. (1927) 200.

Ces deux aspirations sont parfaitement légitimes l'une et l'autre; mais elles sont aussi nécessairement contradictoires. La puissance de l'Etat suppose des sacrifices consentis par les citoyens; de son côté, l'indépendance des individus ne peut être réalisée qu'à la faveur d'un certain relâchement des pouvoirs étatiques. Comment concilier les forces antinomiques ainsi mises en présence ?

La solution de ce problème doit être le but de tout gouvernement. De celui-ci, en effet, la raison d'être réside dans le maintien de la stabilité sociale; son rôle, par conséquent, est de concilier, dans le milieu qu'il organise, les tendances opposées et d'établir, entre les forces individuelles et les forces collectives, un équilibre satisfaisant.

Il s'agit là d'une tâche difficile à remplir; elle consiste à limiter la liberté d'action de l'Etat et à tracer autour des droits individuels une frontière que celui-ci ne pourra pas franchir. Il faut donc établir des catégories, décider dans quels cas l'Etat pourra intervenir, dans quels cas il ne le pourra pas; mais ces catégories seront nécessairement imprécises. En effet, on se trouve ici sur un terrain pratique; les règles fixées ne peuvent être que provisoires et relatives à une situation donnée; ce sont des règles d'opportunité, non des règles de logique. Les questions que pose l'antagonisme entre l'intérêt collectif et les intérêts individuels semblent donc devoir être résolues par des règles de politique et non par des règles juridiques.

Cette solution, que la nature des faits paraît imposer, n'est cependant pas celle qui est adoptée en Amérique. Le problème gouvernemental, bien que d'essence pratique, est résolu ici de façon abstraite; il a reçu une véritable organisation juridique. Tout d'abord, la protection des droits individuels est le monopole de quelques clauses constitutionnelles, tel le *due process*; en regard, les prérogatives étatiques sont résumées en des institutions comme le *police power*. Grâce à ceci, la question se trouve singulièrement simplifiée; elle est transportée d'un domaine inorganique dans un domaine de droit. Désormais, il ne s'agira plus d'opérer une conciliation dans un monde politique troublé; il suffira, pour réaliser l'équilibre souhaité, de mettre en accord des institutions juridiques,

projections abstraites des intérêts matériels en conflit.

Ce système entraîne deux conséquences de très grande importance :

1^o Alors que la conciliation directe de forces politiques suppose l'action violente et toujours difficile de l'exécutif, cette même conciliation, réalisée abstraitement entre des institutions juridiques, ne présente plus le même caractère. Il n'est plus besoin de l'effort de tribuns aptes à remuer les masses; des hommes de loi patients et calmes suffisent à trancher des difficultés qui leur apparaissent seulement sous leur aspect juridique et quasi géométrique. Par là, tout le poids de l'action gouvernementale vient reposer en droit américain sur le corps judiciaire à qui les questions les plus passionnément débattues arrivent comme amorties par l'intermédiaire des clauses constitutionnelles.

2^o Une semblable organisation apparaît comme la réalisation la plus parfaite qui soit d'un régime de droit; elle représente l'abandon définitif du régime de la police.

44. Cet équilibre, que les Cours de justice américaine ont pour mission d'établir entre les forces collectives et les forces individuelles, a été élevé par elles au niveau d'une véritable institution, la *balance of convenience*¹. Que faut-il entendre par cette expression ? Elle signifie essentiellement qu'une équivalence, aussi parfaite que possible, doit être établie entre les sacrifices qui sont demandés aux individus et les avantages qui peuvent être retirés de ceux-ci par la collectivité. Comme le dit le professeur Mott : « En vertu de la *balance of convenience*, les Cours ne sanctionnent l'intervention du pouvoir législatif, dans l'exercice par les particuliers de leurs droits privés, que lorsqu'il y a un rapport équitable entre l'avantage que le public tire de la loi et le degré d'intervention dans les droits des particuliers qu'elle comporte. Si l'avantage retiré par le public est faible, seules de légères charges peuvent être imposées; mais si

1. La traduction de l'expression « *balance of convenience* » offre une très grande difficulté; même, elle est pratiquement impossible. On pourrait cependant dire en français « équilibre convenable », mais cette traduction n'est pas entièrement satisfaisante; c'est pourquoi nous avons préféré maintenir dans le texte l'expression en langue anglaise.

le public tire de la législation un avantage considérable, cette dernière peut légitimement porter atteinte aux droits personnels ou réels des particuliers dans une mesure correspondante². »

La *balance of convenience*, telle qu'elle vient d'être définie, présente plusieurs traits caractéristiques :

Elle est en premier lieu une réalisation pratique. Elle correspond à une conception particulière du gouvernement et elle est un moyen d'organiser juridiquement cette conception.

Mais elle comporte aussi un élément de moralité sociale. L'équivalence qu'elle prévoit entre les concessions faites par la collectivité et celles consenties par les individus correspond à une idée de justice : les sacrifices faits de part et d'autre doivent être réciproques ; ils doivent être aussi sensiblement égaux.

La *balance of convenience* contient enfin une autre notion, celle-ci bien curieuse et singulièrement révélatrice de la mentalité américaine, une notion de rendement. Prenons un exemple. Le droit américain admet que des atteintes aux droits privés puissent être portées par l'Etat ; mais ces sacrifices imposés aux individus ou consentis par eux ne doivent pas l'être en pure perte. Il faut, pour qu'ils soient légitimes, que la collectivité trouve en échange un avantage certain ; autrement dit il faut que le sacrifice considéré « rende » ; s'il ne présente pas d'utilité pratique, il n'est pas légitime.

Ces diverses caractéristiques peuvent au fond être résumées par deux adjectifs. La *balance of convenience* est une institution à la fois pratique et équitable : institution pratique, elle comporte un but, la réalisation de l'équilibre social ; institution équitable, elle comporte l'emploi de méthodes justes et le respect du droit. Cependant, entre ces deux tendances, le caractère pratique l'emporte. Dans les circonstances graves, lorsque, par exemple, le pays traverse une crise, les méthodes normales peuvent être provisoirement mises de côté. C'est ce qu'exprimait fort bien le juge Pound dans *People ex rel. v. La Fetra*³,

2. MOTT, *Due process of law*, § 160.

3. 230 N. Y. 429 (444), 1921.

lorsqu'il disait : « La *balance of convenience* dépend des circonstances particulières qui accompagnent l'exercice du *police power*. En temps normal nous avons une *balance* normale, mais en période de grand trouble, lorsqu'il y a une nécessité urgente, des mesures exceptionnelles et même arbitraires peuvent être prises. »

Par conséquent, lorsque l'on étudie les conditions nécessaires à la réalisation de la *balance of convenience*, il convient de distinguer selon que l'on se trouve en période normale ou bien en période troublée. Dans un cas et dans l'autre les règles diffèrent.

II

45. En période normale, on estime que les conditions nécessaires à l'existence de la *balance of convenience* sont réalisées lorsque les mesures envisagées sont conformes à la conception, ordinaire de la *rule of reasonableness*. Quel est le sens précis de cette expression ? Elle peut être traduite de façon littérale par « critère de raison », mais cette traduction ne fournit pas une explication suffisamment précise. Sans doute, la raison peut être considérée comme une chose universelle; cependant, en fait, il existe des conceptions fort diverses de ce qui est raisonnable et de ce qui ne l'est pas.

Dans ces conditions, une définition exacte de ce qu'il faut entendre par règle de raison ne serait pas superflue. Où peut-elle être trouvée dans la littérature juridique américaine ? Ce devrait être, semble-t-il, dans la jurisprudence. La règle de *reasonableness* est en effet d'origine prétorienne et les Cours en font un usage journalier. Une recherche faite dans ce sens serait cependant vouée à l'insuccès; sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, les Cours américaines observent une prudence remarquable. Ainsi, dans *Allschuler v. Coburn*⁴, la Cour suprême de Nebraska, cherchant à déterminer ce qu'était la règle de raison, y renonce aussitôt. « S'essayer à donner un sens précis au mot raisonnable, dit-elle, c'est vouloir compter ce qui n'est pas nombre et mesurer ce qui n'est pas espace. » La Cour suprême du Wisconsin avouait, elle aussi, dans *Bonnet v. Vallier*⁵, son impuissance à

4. 38 Neb. 881.

5. 136 Wisc. 193.

trouver une définition précise. Car, disait-elle, « il n'existe pas de critérium certain qui permette de déterminer exactement ce qui, dans chaque cas donné, est raisonnable. Il s'agit là d'une question qui dépend du jugement humain et la ligne de démarcation qui sépare ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas... est extrêmement difficile à fixer. »

Le critère de raison correspond donc à une règle singulièrement imprécise. Ceci ne doit d'ailleurs pas surprendre, car il est aisé de trouver les causes de cette imprécision; elles sont au nombre de deux :

1^o Si la *rule of reasonableness* a un sens vague, c'est que les Cours américaines l'ont ainsi voulu. Sur ce point, leur attitude fut celle qu'elles adoptèrent également à propos du *due process*⁶. De même qu'elles n'ont jamais voulu donner pour le *due process* une définition précise; de même, dans le cas présent, elles se refusent à indiquer ce qu'il faut entendre par règle de raison. Dans un cas comme dans l'autre, le but qu'elles poursuivent est identique; elles veulent conserver intacte, pour l'avenir, leur liberté d'action.

2^o Mais surtout, il faut remarquer que l'imprécision est chose naturelle à la règle de raison. Déterminer si une situation donnée est ou n'est pas raisonnable, ce n'est pas trancher un problème exclusivement juridique; c'est en réalité résoudre une simple question de fait. Or, tandis que le droit est nécessairement précis, le fait, au contraire, est indéterminé; ses aspects sont variés, son organisation suppose l'emploi d'un certain opportunisme. Cet aspect de la règle de raison a été aperçu et décrit de façon remarquable par le juge Holmes dans *Rideout v. Knox*⁷ : « On peut dire, déclare-t-il, que la différence qui sépare ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas n'est que question de degré. Si l'on analyse (les situations) avec finesse on trouvera beaucoup de différences. A chaque instant, ce sont des différences de degrés qui permettent de déterminer la mesure dans laquelle la législature peut exercer son pouvoir de police. Certaines limitations à des droits existant antérieurement et touchant à la propriété peuvent être admises sous le prétexte qu'un danger sérieux doit être prévenu; mais

6. Cf. ci-dessus § 20.

7. 148 Mass., 368.

des limitatins plus étendues ne pourraient l'être qu'au cas d'intervention du pouvoir d'*eminent domain*. »

46. Doit-on, dans ces conditions, renoncer à préciser ce qu'il faut entendre par règle de raison; assurément non. Cette notion est imprécise, c'est entendu; elle repose cependant sur certains principes directeurs.

A) De ces principes, le plus important, mais non pas le plus juridique, ni le plus précis, est le *recours à la tradition*. Comme le dit le professeur Lambert, la règle de raison « est le souci de plier le *statute law*, de le contenir dans les cadres traditionnels du *common law*, et de le plier aux conceptions individualistes héritées du droit anglais⁸ ».

B) Le second principe est d'essence pratique. Une réglementation doit, pour être raisonnable, avoir pour but l'*intérêt général*. Le droit américain admet, par conséquent, que l'intérêt public justifie certaines atteintes apportées aux droits individuels⁹.

C) Mais ce dernier principe en entraîne un autre comme conséquence. En effet, dire que le but poursuivi, l'intérêt général, justifie et rend raisonnable certaines mesures exorbitantes du droit commun, c'est dire en somme que la fin justifie les moyens. C'est là un axiome particulièrement dangereux. Il convient, par conséquent, de l'appliquer avec la plus grande prudence. C'est dans ce but que les Cours américaines ont instauré une troisième règle. Celle-ci est assez bien résumée dans une formule employée par le professeur Freund, comme définition du mot *reasonableness*. Le mot raisonnable, dit-il, exprime « la modération, la *proportionnalité des moyens aux buts poursuivis*¹⁰ ».

La nécessité qu'il y a pour les Etats à respecter cette prescription a été affirmée fréquemment par les Cours de justice. Dans *Welch v. Swasey*¹¹, la Cour suprême des Etats-Unis indiquait que « si les moyens employés n'avaient pas de relation réelle et substantielle avec le but public, les Cours, dans ce cas, devaient déclarer leur invalidité ».

8. LAMBERT, *Gouvernement des juges*, p. 54.

9. Pour plus de précisions sur ce point, se reporter au cas *Lawton v. Steele*, 152 U. S. 133; cf. aussi ci-dessus § 31 à 33.

10. FREUND, *Police Power*, p. 58.

11. 214 U. S. 91.

Dans *Health Dept. v. Trinity Church*¹², la Cour suprême de l'Etat de New-York affirmait, elle aussi, l'existence de cette règle : « Pour être constitutionnel, disait-elle, un acte doit tendre vers l'accomplissement d'un des buts que la législature a le droit de réaliser en vertu de son *police power*; mais elle doit y tendre par des moyens certains et clairs. La Cour doit être capable de voir s'il existe une relation manifeste et réelle entre le but officiel de la loi et les dispositions qu'elle examine et elle doit contrôler si ces dispositions tendent d'une façon certaine et appréciable à l'accomplissement de quelques-uns des buts pour lesquels la législature peut faire usage de ses pouvoirs. » Dans *Mugler v. Kansas*¹³, enfin, la Cour suprême des Etats-Unis déclarait : « Il ne faut pas dire que toute loi votée dans le but, prétendent ses auteurs, de protéger la morale, la santé, la sécurité publique, doit nécessairement être acceptée comme un exercice légitime des pouvoirs de police de l'Etat. De toute nécessité, il existe des limites au delà desquelles la législation ne peut pas pleinement agir... Si, par conséquent, une loi qui a été votée dans le but de protéger la santé, la morale et la sécurité publiques n'a aucune relation réelle et substantielle avec ces objets, ou bien si elle constitue une invasion certaine des droits garantis par la loi fondamentale, il est du devoir des Cours de le déclarer et par ce fait de donner effet à la Constitution ».

On remarquera que si les arrêts précédents affirment unanimement la nécessité qui s'impose aux Cours de faire respecter la règle des relations réelles et substantielles, ils n'indiquent pas en quoi consiste exactement cette règle.

Sans doute il est facile de comprendre à quelle fin elle tend. Il s'agit d'empêcher un Etat d'édicter certaines mesures illégales en invoquant un but public; cette règle a donc pour effet de rendre impossible l'application d'une « législation indirecte¹⁴ ».

Mais sur quel critérium les Cours de justice doivent-elles se fonder pour déclarer que les moyens, employés dans un cas donné, ne sont pas en relation directe avec le but déclaré. Sur ce point encore, il n'est pas possible d'arriver à

12. 145 N. Y. 32.

13. 123 U. S. 623.

14. Cf. ci-dessus, § 37, 4°.

une précision absolue; un large pouvoir discrétionnaire est laissé au juge. Dans ces conditions, la meilleure méthode pour connaître l'esprit dans lequel la jurisprudence fait application de la règle des relations réelles et substantielles nous paraît être d'exposer objectivement un exemple de cette application, tiré d'un arrêt. Cet exemple typique peut être fourni par une décision rendue par la Cour suprême de New-York dans l'affaire *in re Jacobs*¹⁵ : une loi d'Etat interdisait « la fabrication des cigares et la préparation du tabac sous quelque forme que ce fût dans les maisons d'habitation ». Cette prohibition devait recevoir application dans deux cas : a) Lorsqu'à chaque étage plus de trois familles étaient installées de façon indépendante les unes des autres; b) lorsque la cuisine était faite dans les appartements. Cette loi ne s'appliquait qu'aux villes ayant plus de 500.000 habitants. Elle constituait une mesure d'hygiène et la réglementation qui en résultait était justifiée par le but poursuivi : protéger la santé publique. Telle était du moins la thèse que soutenaient les rédacteurs de la loi. Les juges à qui ces dispositions furent soumises se déclarèrent d'un avis opposé. « La loi a-t-elle pour but, se demandèrent-ils, d'améliorer ou de protéger la santé des occupants de la maison ? La fabrication des cigares n'est pas interdite s'il y a trois familles seulement à chaque étage; elle n'est pas interdite même si ces familles sont nombreuses ou bien augmentées d'étrangers; peu importe le nombre des occupants dès l'instant qu'ils ne sont pas divisés en plus de trois familles vivant et faisant leur cuisine de façon indépendante. Dans ces conditions, quelle relation peut-il y avoir entre la santé des occupants et la fabrication des cigares dans une pièce éloignée ? D'autre part, si la législature a envisagé la protection des occupants de la maison, pourquoi a-t-elle limité son action à deux villes seulement ? Pour ces raisons, il paraît donc certain que la loi n'est pas une loi d'hygiène; elle n'a pas de relation quelconque avec la santé publique... Lorsqu'une loi semblable à celle-ci est attaquée pour inconstitutionnalité devant les Cours, parce qu'elle viole de façon arbitraire la liberté personnelle et la propriété privée,... les Cours doivent pouvoir examiner si,

en réalité, elle présente quelques relations avec la santé publique, si la santé publique est bien le but que la loi cherche immédiatement à atteindre, si' enfin, la loi est appropriée et adaptée à ce but. Ce sont là des caractéristiques que nous ne pouvons pas reconnaître à la loi que nous examinons présentement; en conséquence, elle doit être déclarée inconstitutionnelle et nulle¹⁶. »

En résumé, recours à la tradition, existence d'un but licite, loi des « relations réelles et substantielles », tels sont les trois principes qui servent à fixer la règle de raison. Constatons cependant que ces principes ne sont pas rigoureusement précis et qu'ils laissent place à pas mal d'incertitudes.

47. Ce qui importe, au fond, ce sont moins ces principes eux-mêmes que l'esprit dans lequel ils sont appliqués par les juges. Ceux-ci, lorsqu'ils cherchent à déterminer si une mesure législative est raisonnable, usent de leur méthode classique, du procédé d'inclusion et d'exclusion; c'est-à-dire qu'à propos de chaque cas donné ils procèdent à une analyse des circonstances de l'espèce et décident s'il y a ou non conformité aux principes constitutionnels. Pour arriver à une solution, ils font application sans doute des principes que nous venons de décrire, mais surtout ils font appel à leur instinct. La pratique a, semble-t-il, développé chez les juges américains un sens nouveau : le sens de ce qui est raisonnable. Un juriste américain de talent, le professeur Hall, indique très bien cet aspect de la question : « Le critérium de *reasonableness* ne peut être défini avec précision, reconnaît-il, ... mais une étude soigneuse des cas d'espèce tend à développer une *compréhension intuitive* de la *reasonableness*. Cette compréhension dépasse l'analyse et totalise en elle beaucoup d'impressions inconscientes et obscures; elle suffit à fournir un guide clair lorsqu'elle est accompagnée de la connaissance des faits particuliers et des conditions du milieu ambiant¹⁷. »

Qu'est-ce donc, en dernière analyse, que le critère de

16. La jurisprudence relative à la règle de raison, et plus spécialement à la loi des relations réelles et substantielles s'est développée et affirmée à l'occasion des litiges qui ont été soulevés par l'existence des passages à niveau et des croisements de route. Voir sur ce point MOTT, *l. c.*, § 161.

17. HALL, *l. c.*

raison ? C'est avant tout une notion essentiellement complexe et variable. Elle est déterminée par l'ensemble des conditions morales, psychologiques et sociales existant à un moment donné. Ainsi, dire qu'une prescription législative est raisonnable, c'est dire qu'elle vient à son heure, qu'elle est conforme à l'opinion générale, à ce que pense l'Américain moyen. Par là, la conception de *reasonableness* repose sur une idée spécifiquement anglo-saxonne, celle du conformisme.

48. Si maintenant on cherche à porter un jugement de valeur sur cette règle fondamentale du droit américain, une critique paraît s'imposer. Le critère de raison n'est pas en réalité un véritable critère ; il est trop imprécis pour cela ; il contient en lui plus d'éléments tirés des faits que de droit. Pour nous cependant, nous ne retiendrons pas ce grief. L'imprécision qui caractérise la règle de raison ne correspond pas à une déficience interne du système juridique américain ; elle est au contraire dans la logique et dans l'esprit même de ce système. L'organisation juridique américaine repose en définitive sur le juge ; il a donc fallu laisser à celui-ci une certaine liberté d'action, et pour cela il ne fallait pas l'enfermer dans les règles juridiques trop étroites.

Ce qui juge d'ailleurs ce système, ce sont les résultats excellents qu'il a permis d'obtenir ; notamment, il a rendu possible une adaptation très précise des règles de droit aux faits. Grâce à lui, l'organisation juridique américaine reste en contact étroit avec la vie pratique : en période normale, les règles juridiques du droit commun s'appliquent sans modification ; mais, si des événements exceptionnels surviennent, amenant avec eux un bouleversement social et créant un état de danger, il est possible d'adapter le droit à cette situation nouvelle. Cette faculté d'adaptation du droit américain aux circonstances graves est officiellement reconnue, elle a fait l'objet d'une doctrine juridique propre, celle du droit de l'*emergency*.

III

49. La doctrine de l'*emergency*¹⁸ présente aux Etats-

18. L'« *emergency* » nous fournit encore l'exemple d'une de ces expressions américaines qu'il convient de maintenir dans le texte. Elle n'a pas d'équivalent exact en français ; la meilleure traduction française qui pourrait en être donnée serait « état de danger ». Il y a, en réalité, dans ce terme deux notions : celle du danger qui s'impose, et celle de l'urgence qu'il y a à prendre des mesures pour combattre ce danger.

Unis une importance considérable. Elle consiste essentiellement dans la possibilité qu'il y a de faire fléchir, en cas d'urgence et d'absolue nécessité, la rigueur des principes juridiques. Lorsque les conditions requises pour son application sont réunies, l'*emergency* permet de porter aux libertés individuelles des atteintes souvent considérables.

Cette organisation exceptionnelle n'est pas une création récente du droit américain; de tous temps elle fut admise. Dès 1788, lors de la seconde année d'existence de la Cour suprême fédérale, le juge Mac Kean indiquait, dans *Respublica v. Sparhawk*, que « le droit de nécessité formait une partie de la loi américaine¹⁹. » Depuis cette date, la doctrine s'est élargie et elle apparaît aujourd'hui comme définitivement fixée.

Dans quelle circonstance peut-on dire qu'il y a *emergency* ? Ici encore, nous nous trouvons en présence d'une question de fait. Comme le disaient les juges de la Cour suprême de New-York : « Le point de savoir si oui ou non on se trouve en présence d'une *public emergency* est une question de fait, question qui a été discutée et qui d'ailleurs, est discutable. Elle intéresse avant tout la législature. Son existence résulte de documents publics, d'impressions générales et de l'observation des faits²⁰. »

Les termes de ce dictum nous mettent donc, une fois encore, mais cette fois-ci à propos de l'*emergency*, en présence des éléments sociaux et conformistes qui se trouvent à la base de la règle de raison. L'*emergency* est un fait social qui se révèle grâce à un phénomène de psychologie collective. En bref, on peut dire qu'il y a *emergency*, c'est-à-dire danger imminent, lorsque l'on constate une réaction de défense dans l'organisme social.

50. Dans ce cas, il sera possible alors de réduire l'étendue des libertés individuelles. C'est ce que le juge Holmes exprimait à propos d'un droit particulier, celui de la propriété privée. En principe, ce droit ne peut supporter aucune atteinte si ce n'est moyennant une juste indemnité²¹; cependant, dans les circonstances exceptionnelles, les

19. 1 Dall. (U. S.) 357.

20. *People v. La Fetra*, 230 N. Y. 429.

21. Cf. ci-dessus § 39 à 41 et ci-dessous § 90.

Cours admettent la possibilité de n'attribuer au propriétaire aucune compensation. Holmes écrivait : « S'il n'est pas possible pour le gouvernement de porter au droit de propriété quelques atteintes sans qu'une indemnité soit versée en échange de cette violation générale de la loi, il n'y a plus de gouvernement possible. Depuis longtemps déjà, il est reconnu que l'on peut jouir de certaines choses *seulement sous la réserve de restrictions implicites*²². »

Cependant, faut-il laisser, en ces circonstances, tous pouvoirs à l'Etat pour la réglementation des droits privés ? Les juges ne vont pas jusqu'à admettre cela ; ils entendent conserver, même en cas d'*emergency*, un certain contrôle. Dans le même arrêt, Holmes précisait que les restrictions implicites dont il venait de parler « devaient avoir des limites, sans cela la clause des contrats et celle de *due process* disparaîtraient ». En somme, en cette matière tout est affaire de mesure, de *reasonableness*. « Dans de pareils cas, poursuivait-il, il est un fait qu'il faut prendre en considération, lorsque l'on détermine ces restrictions, c'est l'étendue de l'atteinte (portée aux droits privés). Lorsque celle-ci est d'une certaine importance, dans beaucoup de cas, sinon dans tous, il faut avoir recours à l'exercice de l'*eminent domain* et à une compensation pour que l'acte soit valable. Ainsi la question dépend des faits particuliers. La plus grande valeur est attribuée au jugement de la législature, mais les parties intéressées ont toujours la faculté de soutenir que la législature a outrepassé ses pouvoirs constitutionnels. »

51. En application de ces principes, les cours Constitutionnelles américaines ont institué une véritable réglementation de l'*emergency* dans le but de la contenir dans des limites raisonnables. Cette réglementation peut, sommairement, se réduire à trois règles principales.

1^o L'*emergency* doit être envisagée dans son sens rigoureux. Il faut véritablement que l'Etat qui veut appliquer une législation restrictive des libertés individuelles se trouve en présence d'un danger considérable. Il faut aussi que ce danger fasse courir à la société un péril imminent

22. *Pennsylvania Coal Co v. Mahon*, 260 U. S. 393 (413).

qui nécessite l'intervention de l'Etat, sans aucun délai.

2° La législation adoptée pour défendre la société contre le danger résultant de l'*emergency* doit nécessairement être temporaire. C'est là une condition indispensable à sa validité. Aussi beaucoup de lois votées en période de trouble indiquent-elles expressément dans leur texte la période pendant laquelle elles seront valables. Par exemple, la loi de 1917 sur « le contrôle des aliments et de l'essence » fut votée « pour la durée de la guerre »²³; de même la loi de 1918 qui, préparant le XVIII^e amendement, édictait une « prohibition » pour la période de guerre, portait qu'elle était applicable « jusqu'à la fin de la mobilisation²⁴ » seulement.

D'ailleurs, dans les cas où des délais d'application ne sont pas prévus de façon formelle dans les lois, les Cours de justice recherchent et trouvent dans les termes de celles-ci l'indication d'un « délai implicite ». C'est ce que fit notamment la Cour suprême fédérale dans le cas *Block v. Hirsh*²⁵. « La réglementation considérée, déclara-t-elle, n'est établie et n'est justifiée que comme une mesure temporaire. Une limite fixée dans le temps lorsqu'il s'agit de surmonter un trouble temporaire peut permettre d'admettre une loi qui en tant que modification définitive du droit devrait être déclarée inconstitutionnelle.²⁶ »

3° Enfin, malgré les circonstances exceptionnelles, l'Etat n'a pas en cas d'*emergency* pleine et entière liberté d'action. La loi votée dans ces conditions par la législature doit avoir, avec la suppression de danger qu'elle se propose d'améliorer, des relations réelles et substantielles²⁷.

Telles sont les trois règles théoriques qui permettent d'établir le statut de l'*emergency*. Il faut reconnaître qu'elles sont fort semblables par leur caractère à celles qui s'appliquaient à la règle de raison; comme ces dernières, elles sont imprécises et laissent une large place à l'arbitraire des juges. Dans ces conditions, elles ne permettent pas de déter-

23. Cf. Barnes' Fed. Code, Sec. 10186.

24. Cf. 40 Stat. L. (nov. 21, 1918) 1046.

25. 256 U. S. 135.

26. Une affirmation semblable est faite par le juge Pound dans *People v. La Feira*, l. c., p. 440.

27. Cf. ci-dessus § 46, C.

miner avec une précision absolue les cas où il y a lieu de déclarer l'*emergency*.

52. Pour cette raison, il est indispensable de compléter les développements qui précèdent par l'indication des solutions positives admises, sur ce point, par la jurisprudence constitutionnelle américaine. Il convient donc de rechercher quelles sont les circonstances en présence desquelles les Etats ont pu, de façon valable, invoquer l'*emergency* pour promulguer une législation dérogatoire au droit commun.

Ces circonstances peuvent être réparties selon deux classes.

A) D'abord en temps de paix, l'*emergency* peut être proclamée dans diverses occasions. C'est ce qu'indique le juge Pound dans *People ex. rel. v. La Fetra*²⁸. Les lois d'*emergency* en temps de paix, dit-il, sont rares; mais elles ne sont pas inconnues. Un désastre commercial, une panique financière,... un tremblement de terre, la peste, le feu, une conspiration enfin... peuvent exiger le vote d'une loi qui aurait été considéré comme arbitraire dans des circonstances normales.

Il ne peut pas être question de dresser ici un tableau complet et définitif des circonstances dans lesquelles l'*emergency* peut intervenir en temps de paix; il ne peut pas non plus être question d'exposer, dans chaque cas, la réglementation intervenue en la matière. Ce serait là accomplir une tâche illusoire, impossible même, puisque le droit d'*emergency* subit sans cesse d'importants renouvellements. Il nous suffira de choisir parmi les divers cas d'application de ce droit en temps de paix, un exemple; dans d'autres hypothèses les règles demeurent sensiblement les mêmes.

Cet exemple typique peut être fourni par les lois nombreuses qui ont déclaré la vaccination obligatoire dans les régions où sévissaient des épidémies. D'après le droit commun, strictement interprété, de pareilles prescriptions législatives auraient certainement dû être déclarées inconstitutionnelles; elles étaient, en effet, contraires à la « liberté personnelle » des individus. Cependant, chaque fois que

le danger de contagion fut reconnu sérieux, les mesures ainsi prises furent régulièrement approuvées par les Cours. C'est ce qui fut affirmé, dès 1905, dans *Jacobson v. Massachusetts*²⁹. Cet arrêt statuait sur la validité de la création d'un bureau d'hygiène; on avait reconnu à cet organisme le pouvoir de prescrire la vaccination obligatoire dans les écoles où une épidémie de petite vérole était déclarée. La question fut portée devant la Cour suprême des Etats-Unis. Le juge Holmes, chargé d'exposer les motifs de la décision, déclara que « le fait d'investir un bureau d'hygiène d'une autorité semblable ne devait pas être considéré comme « déraisonnable » ou arbitraire. D'après les principes de *self defense* et conformément à une nécessité supérieure, les communautés ont le droit de se protéger contre les épidémies qui menacent la santé de leurs membres... Un fait existe, c'est que la petite vérole sévit à Cambridge et que ses ravages augmentent. Dans ces conditions, la Cour usurperait les fonctions d'une autre branche du gouvernement si elle décidait que les mesures prises par l'Etat pour protéger la population sont arbitraires et ne sont pas justifiées par les faits. Nous employons à dessein l'expression « justifiée par les faits »; il peut arriver, en effet, que l'on reconnaisse à une communauté le pouvoir d'assurer elle-même la protection de ses membres contre une épidémie; mais il arrive aussi que ce pouvoir soit exercé dans des circonstances tout à fait particulières et qu'il s'applique à des personnes qui ont été choisies de façon arbitraire et déraisonnable; il arrive même que ce pouvoir excède les limites de ce qui est raisonnable à un point tel qu'il oblige les Cours à intervenir pour protéger les personnes...; d'autre part, il reste certain que dans toutes sociétés bien organisées... les droits de l'individu et notamment sa liberté peuvent être soumis, de façon provisoire, à des restrictions lorsque de graves dangers surgissent³⁰. » Cet arrêt affirme donc, sur un point particulier, la doctrine classique des Cours de justice américaines : en temps normal, les libertés individuelles doivent faire l'objet d'un respect absolu; dans

29. 197 U. S. 11.

30. Sur les législations prévoyant la vaccination obligatoire et sur l'examen qui en fut fait par les cours, cf. MORT, *l. c.*, p. 347 note 46 où une bibliographie très complète est donnée.

des circonstances exceptionnelles, au contraire, leur aspect irréductible doit s'estomper, des atteintes peuvent leur être apportées; cependant, même dans ce dernier cas, le contrôle du pouvoir judiciaire continue à s'exercer.

B) Mais le véritable domaine d'élection du droit d'*emergency* est la législation spéciale du temps de guerre. Cela est naturel : l'*emergency* correspond à un état de danger urgent; or la guerre est certainement le danger le plus grand et le plus imminent qui puisse être.

Cependant, malgré cette situation, les juges n'ont pas, sur ce point, abandonné complètement leur pouvoir de contrôle. En 1919, dans *Hamilton v. Kentucky Distilleries Co*³¹, la Cour suprême fédérale indiquait que « les pouvoirs de guerre du gouvernement des Etats-Unis, de même que ses autres pouvoirs et que le *police power* des Etats, étaient soumis aux limitations constitutionnelles ».

Le principe général du contrôle de constitutionnalité était donc maintenu; mais, dans son application aux faits de la période de guerre, il devait subir bien des restrictions. Ainsi que l'écrivait le juge Thomson : « Lorsque l'état de guerre existe, la nation tout entière est intéressée à ce que la lutte se poursuive avec succès. Les ressources nationales doivent être contrôlées et conservées; une armée importante doit être maintenue sur le territoire. Les restrictions aux libertés, qui en temps de paix auraient été oppressives et inconstitutionnelles, deviennent en temps de guerre une nécessité légale. Alors, les prix doivent être réglementés; le fort ne doit pas opprimer le faible et il n'est pas permis de tirer un profit exagéré de la détresse qui résulte de la guerre³². »

C'est l'état d'esprit, manifesté dans ce dictum, qui explique les nombreuses décisions rendues pendant la Grande Guerre où furent approuvées de graves atteintes portées aux droits individuels, au droit de propriété notamment. Ainsi, les Cours admirent la légalité de la législation établissant une gestion étatique des chemins de fer³³. De même, furent approuvés les contrôles exercés sur les

31. 251 U. S. 146 (1956); cf. aussi *ex parte Milligan*, 1866, 4 Wallace, 2.

32. *U. S. v. Pennsylvania Cent. Coal Co*, 256 Fed. (1918) 703.

33. Cf. *Northern Pac. Ry. Co v. North Dakota* (1919) 250 U. S. 135.

lignes télégraphiques³⁴, sur la marche et le rendement des usines³⁵, sur la direction et le commandement des navires³⁶. La Cour suprême fédérale admit également la possibilité pour l'Etat de réglementer le prix des combustibles³⁷ et d'appliquer, avant le vote du XVIII^e amendement, un large système de prohibition³⁸. Le droit pour l'Etat de confisquer les biens appartenant aux résidents ennemis parut tellement certain à la Cour suprême fédérale que dans l'espèce *Central Trust Co v. Garvan*³⁹, celle-ci indiquait que cette possibilité était évidente et n'avait même pas besoin d'être discutée. Enfin, à une époque plus ancienne, au moment de la guerre de Sécession, la Cour suprême des Etats-Unis avait déjà jugé qu'un officier pouvait valablement, en cas de danger immédiat et menaçant, faire procéder à la destruction d'une propriété pour empêcher qu'elle ne tombât aux mains de l'ennemi⁴⁰ et que, lorsque de semblables atteintes avaient lieu sur le champ de combat, elles n'imposaient pas au gouvernement le devoir d'indemniser le propriétaire. Si cependant une compensation était donnée dans ce cas, elle représentait une faveur accordée par l'Etat et non pas le paiement d'une obligation⁴¹.

34. Cf. *Dakota Cent. Tel. Co v. South Dakota* (1919) 250 U. S. 163.

35. Cf. *Moore v. Roxford Knitting* (1918) 250 Fed., 276.

36. Cf. *The Lake Monroe* (1919) 250 U. S. 246.

37. Cf. *U. S. v. Pennsylvania Cent. Coal Co* (1918) 256 Fed., 703.

38. Cf. *Hamilton v. Kentucky Distilleries Co* (1919) 251 U. S. 146.

39. 1921, 254 U. S. 554.

40. Cf. *Mitchell v. Harmony* (1851) 13 How. 115.

41. Cf. *U. S. v. Pacific R. R.* (1871) 13 Wall. 623.

SECTION II

LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE DU MÉCANISME DE PROTECTION DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES.

INTRODUCTION

53. L'étude descriptive qui vient d'être donnée du contrôle américain de constitutionnalité des lois fournit l'exemple de l'une des réalisations les plus parfaites qui soient d'un régime de légalité. L'existence de textes constitutionnels tels que les clauses de *due process* et d'égalité, ou tels que la clause des contrats, la mise en œuvre, par le pouvoir judiciaire, de critères comme la règle de raison assurent aux particuliers des garanties excellentes contre l'action arbitraire des pouvoirs publics.

Si donc l'on se bornait à apprécier la valeur du contrôle américain de constitutionnalité des lois du seul point de vue juridique, il y aurait lieu de déclarer sans réserves, qu'il constitue la meilleure des méthodes de protection des libertés individuelles.

Cependant, porter ainsi un jugement définitif serait prématuré. Le contrôle de la constitutionnalité des lois doit être apprécié, non pas seulement d'un point de vue purement juridique, mais surtout en tenant compte de considérations pratiques. Le contrôle de constitutionnalité des lois est une méthode servant à la protection des libertés individuelles; or, une méthode est chose pratique; elle n'a de valeur qu'autant qu'elle permet d'atteindre le plus rapidement, et aussi le plus économiquement possible, le but proposé.

Par conséquent, lorsque l'on étudie un mécanisme semblable au contrôle de constitutionnalité des lois, il ne suffit pas de constater que l'organisation statique de celui-ci est parfaite, qu'en théorie toutes les hypothèses réalisables ont été prévues; il faut aussi s'assurer que le fonctionnement du mécanisme est aisé. Peu importerait, en effet, à un individu, de savoir qu'il a, à sa disposition, des moyens de protéger ses droits individuels, s'il ne pouvait user facilement et immédiatement de ces moyens. Ainsi, un Etat vote une

loi, donnant aux villes des facilités particulières d'expropriation. Cette loi, qui lèse gravement certains particuliers, est-elle conforme à la Constitution? Respecte-t-elle les règles du V^e amendement? C'est aux propriétaires, atteints par la mesure, qu'incombe la charge de poser ces questions devant les tribunaux et le cas échéant de faire reconnaître leurs droits menacés. Mais le temps presse. Déjà, la municipalité use des facilités qui lui sont reconnues; elle engage la procédure d'expropriation. Dans ces conditions, il faut que la protection à apporter au droit de propriété menacé intervienne avant que rien d'irréparable ne soit arrivé. Car quelle utilité pratique pourrait bien présenter un jugement favorable rendu plusieurs années après les faits? Sans doute, la loi incriminée serait annulée, et le droit théorique de l'individu à conserver sa propriété intacte serait reconnu. Cependant, la maison serait rasée, le parc qui l'entourait détruit, et l'intéressé lui-même aurait dû fixer ailleurs le centre de ses intérêts.

Cet exemple pratique démontre la nécessité absolue d'organiser, à côté de la méthode classique de la déclaration d'inconstitutionnalité, une autre méthode plus rapide.

Le droit américain a pourvu à cette nécessité et ce n'est pas là son moindre mérite ni sa moindre originalité. Il permet aux particuliers de recourir à deux procédés pour faire prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi.

De ceux-ci, le premier est la voie classique de l'exception; le second, au contraire, particulier aux droits d'origine anglo-saxonne, est l'injonction.

CHAPITRE PREMIER

LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ PAR VOIE D'EXCEPTION

54. Section unique.

54. Il n'est pas utile de fournir de longs développements sur la procédure de déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'exception. Celle-ci, en effet, ne soulève aucune difficulté et ne contient aucune règle particulière au droit américain.

L'exemple classique que l'on donne de cette procédure est le suivant : un particulier, menacé de contravention pour avoir enfreint un règlement, peut demander à la juridiction pénale, devant laquelle il est poursuivi, de prononcer la nullité de ce règlement. Cette procédure est, dans son principe, tout à fait comparable à la procédure française prévue par l'article 471, 15°, du Code pénal.

Elle constitue, dans la plupart des circonstances, un moyen très suffisant pour la mise en œuvre de la méthode américaine de protection des libertés individuelles.

Cependant, dans certaines hypothèses, elle se révèle insuffisante.

Il en est ainsi dans tous les cas où il y a urgence. En Amérique, comme en tous autres pays, le fonctionnement normal de la justice est lent. Il faut attendre plusieurs années souvent avant d'obtenir une décision. Puis, celle-ci obtenue, elle peut faire encore l'objet d'un appel et d'un recours à la Cour suprême : toutes choses exigeant de longs délais.

D'autre part, une loi, bien que contraire aux principes constitutionnels, peut ne pas fournir l'occasion d'un litige. Il en est ainsi notamment dans le cas suivant, exceptionnel il est vrai : Il arrive parfois que des lois ne reçoivent aucune application pratique. Il est donc difficile de conce-

voir qu'elles puissent être à l'origine d'un procès. Et pourtant, elles peuvent être inconstitutionnelles. Elles peuvent même causer aux particuliers un certain préjudice. En effet, si en raison de circonstances spéciales ces lois ne sont pas appliquées, elles peuvent l'être un jour. Cette seule menace peut être la source d'un préjudice véritable pour les individus.

Pour ces raisons, la déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'exception, malgré ses avantages, ne peut suffire à la mise en œuvre d'un système parfait de protection des libertés individuelles.

CHAPITRE II

LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ PAR VOIE D'INJONCTION

- I. *Introduction.* — 55. Idée générale de l'injonction.
II. *Formation historique de l'injonction.* — 56. Origine anglaise de l'injonction. — 57. Introduction de l'injonction dans le droit américain.
III. *L'injonction dans le droit américain moderne.* — 58. Importance de l'injonction. — 59. Les principales applications de l'injonction en droit américain : A) L'injonction et les lois fiscales; B) L'injonction et les lois réglementant le commerce et l'activité privée; C) L'injonction et les lois portant fixation de tarifs.

I

55. Un des plus grands mérites du droit américain est d'avoir compris l'insuffisance de la procédure de déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'exception et d'avoir utilisé, à côté de cette procédure de *common law*, une procédure d'*equity*, l'injonction¹.

Quel rôle l'injonction joue-t-elle dans le mécanisme de protection constitutionnelle des droits individuels ? Elle est, avant tout, une procédure qui permet d'attaquer la constitutionnalité d'une loi, avant même que celle-ci soit entrée en application, avant, par conséquent, que des dommages effectifs aient été causés par elle aux particuliers.

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of the American Constitution*, sec. 42; FRANKFURTER et GREENE, *The Use of the Injunction in American Labor Controversies*, Law Quart. R., 1928, n° 44, p. 164; FRANKFURTER et GREENE, *Labor Injunctions and Federal Legislation*, 42 Harv. L. R. 766; J. E. LOCKWOOD, C. E. MAW et S. L. ROSENBERRY, *The Use of the Federal Injunction in Constitutional Litigation*, 43 Harv. L. R. 426 (1930).

b) Textes judiciaires : *Osborn v. U. S. Bank*, 9 Wheat 738 (U. S. 1824); *Parker v. Winnipiseogee Woolen Co*, 2 Black 545 (U. S. 1862); *Kansas v. U. S.*, 204 U. S. 331; *Weaver v. Palmers Bros*, 270 U. S. 402; *Tyson v. Banton*, 273 U. S. 418; *Gilchrist v. Interborough Rapid Transit Co*, 279 U. S. (1929) 159.

1. Le caractère subsidiaire de la procédure d'injonction est formellement proclamé par la sec. 267 du Judicial Code, qui prévoit que : « La procédure d'équité ne doit être admise, dans aucune cour des États-Unis, lorsqu'il existe un recours certain, approprié et complet ressortissant de la juridiction ordinaire ». Cf. 36 Stat. 1163 (1911) 28 U. S. C. § 384 (1926).

Ainsi, lorsqu'un individu se fait fort de prouver que l'application d'une mesure législative, qu'il croit inconstitutionnelle, lui causerait un dommage irréparable, il a la possibilité de s'adresser au pouvoir judiciaire et de lui demander la délivrance d'une injonction. La cour, devant laquelle l'instance aura été engagée, examinera la demande qui lui est ainsi faite, et, si elle estime qu'effectivement la loi attaquée n'est pas conforme aux principes constitutionnels en vigueur, elle pourra en déclarer l'inexistence constitutionnelle. Par l'injonction, elle interdira aux fonctionnaires chargés d'appliquer la loi d'en poursuivre l'exécution. Dans cette hypothèse il y a injonction négative.

Il existe également quelques exemples d'injonctions positives; telles sont celles par lesquelles les fonctionnaires sont sommés, non pas de s'abstenir d'appliquer une loi, mais d'accomplir un acte positif au profit d'un particulier. Tel est le cas, lorsqu'un fonctionnaire reçoit l'ordre de verser à un contribuable le montant d'une taxe indûment payée.

La procédure d'injonction présente deux avantages par rapport à l'exception d'inconstitutionnalité.

1° Elle permet de paralyser plus vite et d'une façon plus générale la loi inconstitutionnelle. En effet, elle n'oblige pas les particuliers à attendre, pour faire vérifier la constitutionnalité d'une loi, que celle-ci ait fait l'objet de mesures d'application de la part des autorités compétentes et puisse ainsi donner naissance à des procès à l'occasion desquels pourrait être soulevée l'exception d'inconstitutionnalité.

2° De ce fait, elle assure aux particuliers une protection vraiment complète contre les dommages pouvant leur être causés par une loi inconstitutionnelle. Somme toute, il y a entre l'injonction et l'exception la différence qui sépare un remède préventif d'un remède curatif; ou mieux encore, l'exception assure aux droits individuels, momentanément méconnus, une réparation pécuniaire; l'injonction empêche toute violation matérielle de ces droits. Ce dernier aspect de la question prendra tout son relief lorsque l'on aura indiqué quelle est l'origine historique de l'injonction et le rôle qu'elle joue dans le droit anglais comme mode

d'établissement de la *specific performance* ou exécution *in specie*².

En résumé, l'injonction est un moyen extrêmement perfectionné de mise en œuvre du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois. Grâce à elle, les effets matériels d'une loi illégale sont pratiquement détruits en entier. Ainsi, aucun trouble n'est apporté à la vie juridique normale.

C'est pour cette raison qu'il peut être permis de considérer l'injonction comme l'expression juridique la plus satisfaisante d'un droit individuel, jadis affirmé par les premières Constitutions françaises, le droit de résistance à l'oppression.

II

56. La procédure d'injonction a une origine extrêmement ancienne : elle provient en droite ligne du droit anglais³, et est issue des pouvoirs de jugement en équité accordés aux Cours de chancellerie.

Il semble bien que l'équité soit une création originale du droit anglais. Certains auteurs⁴, cependant, veulent lui trouver des antécédents dans le droit romain ou dans le droit canon ; mais cette filiation est incertaine. En tous cas, si ces deux droits ont eu quelque influence sur le développement de l'équité en Angleterre, il faut reconnaître que cette influence se réduit à bien peu de chose.

En réalité, les premiers germes du droit d'équité apparaissent en Angleterre entre le XIII^e et le XIV^e siècle seulement.

Vers la fin de cette époque, on assiste à une transformation du *common law*. Par le moyen des *year books*, une diffusion extraordinaire est alors donnée aux précédents judiciaires ; sous cette influence, le *common law* se fixe peu à peu et au XV^e siècle il devient un véritable *lex scripta*. Ayant perdu ainsi une grande partie de sa souplesse, il ne peut plus s'adapter lorsque des circonstan-

2. Cf. ci-dessous : § 56 et BARDA, De la « *Specific Performance* » ou exécution « *in specie* » dans les contrats, en droit anglais comparé.

3. Cf. 43 Harv. L. R. 431 opinion du juge COTTENHAM dans *Frewin v. Lewis*, 4 Myl. a. C. 249, 254-55 (1838) ; *Parker v. Winnipiseogee Woolen Co.*, 2 Black 545 (U. S.) 1862.

4. BARDA, *l. c.*, p. 39 et sq., et SCRUTTON T. E., *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty and Law Merchant*, in *Select essays*. n Anglo-American Legal History, vol. I.

ces nouvelles se produisent, exigeant la mise en œuvre de principes juridiques différents.

En même temps apparaît sur la scène politique et juridique un personnage considérable, le chancelier. Celui-ci, qui jadis était seulement le chapelain du roi, voit ses pouvoirs s'étendre rapidement : bientôt il exerce, auprès du souverain, les fonctions de secrétaire; en 1823, il est nommé gardien du Grand Sceau (*lord Keeper of the Great Seal*). Plus tard, s'organise autour de lui un véritable organisme judiciaire, la *Chancery*, « véritable corps judiciaire distinct qui allait se développer en face des Cours de *common law*⁵ ».

Cette double évolution permit, à la fin du moyen âge, la formation, à côté de la procédure de litigation technique du *common law*, d'un autre système de procédure civile de caractère très différent, la procédure de la Cour de chancellerie. Cette dernière, en effet, est devenue, à partir du début du xve siècle, un tribunal ouvert aux plaideurs dont les causes ne rentraient pas dans une des actions ou *writs* reconnus par le *common law*.

La procédure instituée par la nouvelle juridiction se différencie de celle des Cours de *common law* en ce qu'elle a recours aux droits de *grâce* et d'équité du roi pour suppléer aux lacunes du droit strict et paralyser ses injustices. Pendant longtemps cette procédure fut ainsi limitée aux matières de *grâce*, c'est-à-dire à celles qui avaient pour objet une violation individuelle du droit. Mais au xvie siècle la *grâce* fut supplantée par la *conscience* comme fondement de la juridiction d'équité. Cette évolution s'explique par le fait que pendant plusieurs siècles les chanceliers furent toujours des ecclésiastiques. Ce n'est, en effet, qu'au xvii^e siècle que les chanceliers, hommes d'Eglise, furent remplacés par des chanceliers, hommes d'Etat, qui formèrent une classe de spécialistes du droit.

Bref, à la fin du xviii^e siècle, le droit d'équité est constitué. Au xix^e siècle, avec le *Judicature Act* de 1873, les Cours de *common law* et d'équité sont fondues dans une Cour unique, la *High Court of Justice*. Cependant, à cette date encore le souvenir de la distinction des deux

juridictions survit encore dans les subdivisions de la Haute Cour qui comprend la *King's Bench Division* et la *Chancery Division*.

Un des traits les plus caractéristiques de cette procédure d'équité, c'est la possibilité qu'elle donne de recourir à la procédure d'injonction, c'est-à-dire que par elle on peut demander à la Cour d'équité d'adresser à un particulier un ordre d'accomplir un certain acte ou de s'en abstenir dans le but de provoquer l'exécution en nature des contrats. Grâce à cette procédure, la réparation obtenue par le créancier en cas de violation d'une obligation ne sera pas pécuniaire; elle interviendra en nature. Avec elle, le contrat primitif sera, autant que faire se pourra, restitué dans ses effets ou bien même l'acte illicite sera arrêté avant d'avoir été commis.

57. La procédure d'équité est passée, tout naturellement, du droit anglais dans le droit américain. La Constitution fédérale des Etats-Unis a seulement consacré et stabilisé un état de choses préexistant, lorsque dans son article III, section 2, elle stipule que « le pouvoir judiciaires s'étendra à tous les cas de droit *et d'équité* qui pourront se produire sous l'emprise de la présente Constitution. » Ce texte vise les Cours fédérales; d'autres textes spéciaux reconnaissent les mêmes pouvoirs aux Cours de district⁶ et aux Cours de circuits⁷.

Les pouvoirs d'équité, reconnus aux juges américains, furent ceux-là même qui appartenaient aux Cours de chancellerie anglaises⁸. Parmi eux, le plus important fut sans nul doute le droit, pour les tribunaux, de délivrer des injonctions aux particuliers qui en faisaient la demande justifiée.

La procédure d'injonction pénétra donc dans le droit américain dès le début. La longue tradition anglo-saxonne dont elle prenait la suite semblait devoir la garantir contre toute critique. Cependant, un grave incident manqua compromettre son développement aux Etats-Unis. En 1793, la

6. Cf. *Judicial Code*, § 24 (1), 36 Stat. 1091 (1911); 28 U. S. C. § 225 (1926).

7. Cf. *Judic. Code*, § 128, 36 Stat. 1133 (1911), 28 U. S. C. § 225 (1926).

8. Cf. *Parker v. Winnipiseogee Woolen Co*, 2 Black. 545 (U. S. 1862), et *Osborn v. U. S. Bank*, 9 Wheat 738.

Cour suprême des Etats-Unis accueillit favorablement une action intentée par un individu à l'Etat de Georgie⁹. Cette décision provoqua une violente protestation de la part de la population; une campagne fut activement menée, qui aboutit, en 1798, au vote du XI^e amendement.

Ce texte stipulait que « le pouvoir judiciaire des Etats-Unis ne pouvait pas être interprété comme s'étendant à toute cause, en droit ou en *équilibre*, commencée ou poursuivie, contre un Etat des Etats-Unis, par les citoyens d'un autre Etat ou par les citoyens ou sujets de n'importe quelle puissance étrangère ».

Plusieurs interprétations de cet amendement étaient possibles :

L'une, la plus générale et la plus simple, ne soulevait pas de difficultés sérieuses. Elle consistait à admettre l'impossibilité pour les citoyens d'un des Etats de l'Union américaine d'intenter des poursuites contre l'un des autres Etats fédérés, du moins sans le consentement de celui-ci¹⁰.

La Cour suprême des Etats-Unis fit sienne cette interprétation du XI^e amendement; elle en admit toutes les conséquences.

Mais une autre interprétation de l'amendement était possible. Avec elle, les conséquences pratiques du XI^e amendement étaient poussées jusqu'à leur extrême rigueur. Ses partisans, se plaçant sur le terrain des faits, considéraient que l'Etat était une simple entité juridique; dans la réalité, l'Etat était représenté, constitué pourrait-on presque dire par des fonctionnaires. Dès lors, ne devait-on pas appliquer aux actions dirigées contre les fonctionnaires des règles identiques à celles qui étaient prévues par le XI^e amendement relativement aux actions dirigées contre l'Etat lui-même.

Sans doute, cette solution devait-elle être écartée dans une hypothèse, celle où le fonctionnaire violait franchement la loi. Dans ce cas, en effet, la doctrine américaine unanime admettait qu'aucune solidarité n'existait entre la puissance publique et ses représentants.

Mais en allait-il ainsi dans d'autres hypothèses ? Cer-

9. *Chisholm v. Georgia*, 2 Dallas 419, avec un « dissent » du juge Iredell.

10. *U. S. v. Clarke*, 8 Peters 436; *U. S. v. Lee*, 106 U. S. 196, cf. p. 205 et sq.

tains auteurs soutenaient que non. Il en était notamment ainsi lorsqu'« un fonctionnaire agissait ou refusait d'agir conformément aux prescriptions d'une loi d'Etat que certains estimaient inconstitutionnelle¹¹ ». Dans cette hypothèse, le fonctionnaire devait-il être soustrait à toute action conformément aux termes du XI^e amendement ?

Les premières décisions qui intervinrent à la Cour suprême des Etats-Unis à ce sujet furent favorables à cette interprétation. Ainsi, il fut décidé qu'une action intentée à un gouverneur dans le but de l'obliger à défendre les intérêts de l'Etat, était impossible¹². De même, l'action intentée à un fonctionnaire fut assimilée à une action dirigée contre l'Etat lui-même selon les termes du XI^e amendement, dans une hypothèse où elle avait pour but d'obliger l'Etat à exécuter un contrat¹³.

Les conséquences de cette jurisprudence étaient graves: si un particulier, en effet, n'avait pas la possibilité d'intenter une action dirigée contre un fonctionnaire, l'usage de l'injonction en matière constitutionnelle devenait impossible. La prohibition du XI^e amendement s'appliquait en effet, non seulement aux actions du *common law*, mais aussi aux remèdes du droit d'équité.

Heureusement, la Cour ne persista pas dans sa jurisprudence; elle sut discerner à temps les dangers que celle-ci faisait courir aux libertés individuelles. En 1891, dans *Pennoyer v. Mc. Connaughey*, elle reconnaissait qu'une poursuite intentée à des fonctionnaires « ne constituait pas, aux termes du XI^e amendement, une action dirigée contre l'Etat dans les hypothèses suivantes : 1^o Lorsque l'action avait pour but la restitution, en valeur ou en nature, de biens dont les fonctionnaires étaient en possession et qu'ils avaient confisqués illégalement au nom de l'Etat. 2^o Lorsqu'il s'agissait de réparer un dommage *ou lorsque les voies de recours légales n'étaient pas utilisables et qu'une injonction était nécessaire pour empêcher qu'une injustice ou qu'une violation du droit n'intervînt*¹⁴... »

11. BURDICK, *l. c.*, p. 94.

12. *Governor of Georgia v. Madroza*, 1 Peters 110.

13. *Louisiana v. Jumel*, 107 U. S. 711; cf. aussi : *Stanley v. Schwalbey*, 162 U. S. 255.

14. 140 U. S. 1 (10).

58. Ce principe, une fois admis, la Cour suprême s'y tint désormais. Bientôt même elle accorda des injonctions avec un très grand libéralisme. A l'heure actuelle, on peut dire que la situation ancienne se trouve entièrement renversée: alors que jadis l'injonction était considérée comme une voie de recours exceptionnelle, de nos jours elle est devenue le remède ordinaire, et, comme le dit Frankfurter, « presque le seul remède »¹⁵⁻¹⁶.

Quelques chiffres illustreront cette affirmation :

Si l'on étudie les luttes constitutionnelles qui se sont déroulées autour de la législation du travail, on constate qu'en 25 ans, entre 1903 et 1928, les Cours fédérales n'accordèrent pas moins de 102 injonctions à ce propos. Encore ce chiffre est-il très inférieur au chiffre réel, car toutes les décisions ne sont pas publiées et, de ce fait, il y a beaucoup d'injonctions qui demeurent inconnues. Deux exemples suffiront à montrer que le nombre des injonctions occultes est bien supérieur à celui des injonctions publiées. En premier lieu, on sait officiellement qu'en 1893, lors de la lutte Pullman, 15 injonctions furent délivrées; parmi elles, 10 n'ont jamais été publiées. D'autre part, on institua en 1915 une commission fédérale pour les relations industrielles. Au cours de son enquête, celle-ci découvrit 160 injonctions fédérales qui ne figuraient dans aucun recueil.

Nous citerons également une autre attestation qui prouve la grande importance actuelle de l'injonction; c'est celle du président de l'*American Federation of Labour*. Celui-ci eut à soumettre au Sénat américain une liste *partielle* des injonctions fédérales ou d'Etat délivrées en matière de lé-

15. 43 Harv. L. R.; l. c.

16. On admet, en général, qu'il existe trois catégories d'injonctions : l'injonction *ad interim*, l'injonction *pendente lite*, l'injonction *permanente*. Ces injonctions se distinguent en ce que les deux premières sont temporaires et la troisième permanente; en ce que les deux dernières requièrent l'usage d'une *notice* et d'une *hearing* et non la première.

Si l'on prend le cas d'une injonction permanente, la procédure de délivrance peut être résumée de la façon suivante : 1° La procédure est déclenchée par une *complaint* ou *bill in equity*. Dans cet acte, le plaignant doit invoquer un de ses droits menacé. Il faut au surplus : a) que ce dommage soit irréparable; b) que le recours au *common law* ne soit pas possible; c) que le trouble apporté aux droits individuels menace de continuer.

2° La *complaint* doit être accompagnée d'une *notice* adressée au défendeur ou d'un *ordre de la Cour* convoquant le défendeur pour une date fixée.

3° Puis arrive l'audience où, chose remarquable, le juge *détermine les faits sans l'aide d'un jury*.

4° Enfin la décision intervient. Elle a force exécutoire.

gislation du travail. Cette liste contenait 369 injonctions, dont la plupart étaient postérieures à 1918¹⁷.

59. Il ne faudrait pas croire d'ailleurs qu'il n'existe d'injonctions qu'en matière de législation du travail. La procédure d'injonction est applicable aux hypothèses les plus variées. A cet égard les juristes américains divisent les lois en trois groupes : *A.* Les lois fiscales; *B.* Les lois réglementant le commerce et l'activité privée; *C.* Les lois réglementant les prix.

A. — L'injonction et les lois fiscales. — La caractéristique principale de ces lois est d'imposer aux particuliers une obligation positive, celle de payer à l'Etat une somme fixée par la loi. Que va-t-il se passer si le particulier conteste le bien-fondé de la taxe ?

a) Il est une première hypothèse qui ne provoque aucune difficulté, c'est celle où la loi instituant la taxe ne prévoit aucune sanction en cas de non-paiement dans les délais. Pour assurer le recouvrement de l'impôt, l'Etat ne pourra donc user que des voies légales ordinaires. C'est là une circonstance éminemment favorable à une déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'exception. La procédure d'injonction ne sera donc pas admise¹⁸; le contribuable n'aura qu'à s'abstenir de tout paiement pendant la durée de la procédure, et s'il succombe, il ne risque que de payer, en plus de la somme due, de légers intérêts de retard.

Mais il en va différemment dans d'autres hypothèses.

b) Dans la plupart des cas, le recouvrement des impôts est assuré grâce à la menace d'une forte pénalité. Dans cette hypothèse, si le contribuable veut contester le bien-fondé de la taxe, il doit courir le risque, pour le cas où sa réclamation ne serait pas justifiée, de supporter les péna-

17. Cf. Law Quart. R., 1928, p. 164. Nous entendons bien, à propos des statistiques que nous citons dans le texte, que les chiffres qu'elles présentent comprennent non seulement des injonctions constitutionnelles ayant pour objet de prononcer la nullité d'une loi, mais aussi des injonctions ordinaires ayant, par exemple, pour but d'interdire aux dirigeants d'une organisation ouvrière le recours à la grève. Cependant, malgré la réduction qu'il faut opérer de ce fait dans les chiffres cités, ceux-ci démontrent clairement combien fréquents est l'emploi de l'injonction constitutionnelle en droit américain.

18. Cf. *Singer Sewing Mach Co v. Benedict*, 229 U. S. 481; *Krokuch Bridge Co v. Salm*, 258 U. S. 122.

lités et les amendes prévues par la loi. Cette circonstance, au rebours de la première, est tout à fait favorable à l'intervention des pouvoirs d'équité. Celle-ci permettra de suspendre l'application de la pénalité, non seulement pendant la procédure, mais aussi après elle, même dans le cas où la constitutionnalité de l'impôt aurait été reconnue¹⁹.

c) Il est un autre moyen dont usent, en Amérique, les Etats pour le recouvrement des impôts. Il consiste à frapper d'hypothèques les biens immobiliers des débiteurs du Trésor. Dans cette hypothèse encore le besoin de l'équité se fait sentir. L'hypothèque est en effet pour le propriétaire une lourde charge; elle peut notamment l'empêcher de saisir une occasion avantageuse pour la vente de l'immeuble. Aussi est-il admis en Amérique que le juge peut retirer, au moins provisoirement, l'hypothèque²⁰.

d) Des solutions semblables sont intervenues dans les hypothèses où le retrait d'une licence, c'est-à-dire l'obligation de cesser toute activité professionnelle, est la sanction du non-paiement d'une taxe²¹.

e) La juridiction d'équité est compétente enfin lorsque le paiement de l'impôt est assuré au moyen de procédures sommaires telles que des saisies. Cependant, dans ce cas il convient de distinguer entre plusieurs hypothèses. Dans certains cas en effet, l'allocation de dommages-intérêts suffit à réparer les dommages causés par une saisie injustifiée. Il en est ainsi lorsque la saisie porte sur des objets mobiliers²²; il n'y a pas lieu alors d'user de l'équité, mais, lorsque la propriété immobilière elle-même est confisquée²³, ou lorsque l'indemnisation en espèces est impossible²⁴, la juridiction d'équité est toujours compétente.

On voit donc combien les cas d'injonction sont nombreux en matière fiscale. En ce domaine, l'injonction est chose courante, au point que certains Etats ont dû en tenir compte dans leurs lois. On rencontre en effet, aux Etats-Unis, certaines lois fiscales, stipulant formellement que

19. Cf. *Litchfield v. County of Webster*, 101 U. S. 773.

20. Cf. *Davis v. Wallace*, 257 U. S. 478; *Airway Elect. Appliance Co v. Day*, 266 U. S. 71.

21. Cf. *Allan v. Baltimore a. Ohio R. R.*, 114 U. S. 311; *Airway Elect. Appliance Co v. Day*, l. c.

22. *Union Pac. Ry. v. Cheyenne*, 113 U. S. 516.

23. Cf. § 90; *Ohio Tax Cases*, 232 U. S. 576.

24. Cf. *Shelton v. Platt*, 139 U. S. 591.

le paiement de l'impôt pourrait être effectué sous la réserve qu'une procédure d'inconstitutionnalité intentée par un contribuable demeure sans effet²⁵.

L'injonction et les lois réglementant le commerce et l'activité privée. — Sous cette rubrique, les auteurs américains classent un nombre de lois considérable. Notamment, sont déclarées telles : les lois réglementant l'exercice d'une profession²⁶, celles imposant des règles précises pour la direction de certaines usines²⁷ ou pour la vente de *commodities*.²⁸ Ces exemples ne donnent d'ailleurs pas une liste complète de ces lois; il en est encore beaucoup d'autres; la législation en crée chaque jour.

Ces lois ont pour caractéristique de placer les citoyens auxquels elles s'appliquent dans une situation particulièrement défavorable. Elles imposent de lourdes restrictions à leur liberté.

D'autre part, faire déclarer leur inconstitutionnalité ne va pas sans frais, ni sans inconvénients. Dans ce but, deux moyens peuvent être employés par les particuliers.

Ils peuvent, en premier lieu, commettre une violation formelle de la loi, puis rentrer dans l'obéissance. Une contravention leur sera très certainement dressée. Poursuivis devant la juridiction répressive, il leur sera possible alors de saisir cette occasion pour faire déclarer l'inconstitutionnalité de la loi par voie d'exception. Mais ce procédé est onéreux pour eux. En effet, si leur demande n'est pas fondée, ils devront acquitter le montant de la contravention. Si au contraire leur réclamation est approuvée par les juges, il faudra cependant qu'ils supportent la perte qui résultera pour eux de leur obéissance passagère à la loi.

Le second procédé consiste à désobéir systématiquement et constamment aux prescriptions de la loi. Les particuliers ne subiront ainsi aucune perte dans le cas où ils triompheront dans leur revendication. Mais, s'ils succombent, ils devront en raison des infractions répétées qu'ils ont commises, acquitter de lourdes amendes.

25. *Singer Sewing Mach. Co v. Benedict*, l. c.

26. Cf. par ex. : *Douglas v. Noble*, 261 U. S. 165.

27. Cf. *Weaver v. Palmer Bros*, 270 U. S. 402.

28. Cf. : *Hygrade Prov. Co v. Shermann*, 266 U. S. 497; *Tyson v. Banton*, 273 U. S. 418.

Cette situation devrait avoir pour conséquence la possibilité d'user en toutes circonstances d'injonctions contre les lois de cette sorte. Cependant, il n'en est rien. Sans doute les juges accordent-ils très souvent des injonctions à l'occasion de lois réglementant l'activité privée. Cependant ce n'est pas là une règle sans exceptions. En cette matière la décision arbitraire du pouvoir judiciaire joue un rôle important.

C. — L'injonction et les lois portant fixation de tarifs. — Ces lois sont, en Amérique, fort nombreuses²⁹. Dans quelles conditions ouvrent-elles un recours à l'injonction ? Ce recours devrait être en principe très largement admis ; en effet, des lois semblables peuvent causer aux particuliers des dommages graves et difficiles à réparer. Elles imposent, en effet, un devoir continu de vendre à un prix donné, et cela sous menace d'une pénalité. Les particuliers visés se trouvent, dès lors, dans une situation voisine de la précédente. En cas de violation unique de la loi, suivie d'obéissance, ils doivent, ou bien acquitter une contravention, ou bien supporter la perte que la réglementation des prix leur impose. S'ils se refusent entièrement à appliquer la loi, ils courent le risque de payer au Trésor une somme considérable à titre d'amende.

L'injonction permet de pallier à ces inconvénients. Sans doute, les consommateurs bénéficiaires de la législation pourraient être appelés à subir une certaine perte en raison de l'ajournement de la législation restrictive des prix ; mais, comme dans l'hypothèse de la taxation, cette perte peut être assez facilement compensée par l'allocation de dommages-intérêts, comme le dit Lockwood : « En cette matière, l'usage de l'équité a d'excellents effets. La grande complexité des litiges soulevés par la législation sur la réglementation des prix... fait que ceux-ci ne peuvent pas être tranchés par les Cours ordinaires. L'intervention d'un juge agissant souverainement n'est nulle part plus désirable ; et cette intervention, il appartient aux pouvoirs d'équité de la fournir. La souplesse de la procédure *in*

29. Aux Etats-Unis, la réglementation des tarifs est imposée à un grand nombre d'entreprises, notamment à toutes celles qui sont d'« utilité publique ». Sur ce dernier point, cf. 2^e partie.

chancery rend possible la recherche et la compréhension de faits dont un grand nombre relève d'un domaine où *juger* et *arbitrer* supposent de grandes difficultés et une spécialisation poussée fort loin... Pour toutes ces raisons, l'équité est un moyen extrêmement efficace pour trancher les questions constitutionnelles que soulève la législation réglementant les prix³⁰ ».

30. 43 H. L. R., 440.

DEUXIÈME PARTIE

La conception américaine des libertés
individuelles.

DEUXIÈME PARTIE

La conception américaine des libertés individuelles

Introduction générale. — 60. Principaux traits caractéristiques des libertés individuelles en Amérique.

60. Les libertés américaines, telles du moins qu'elles apparaissent dans le droit moderne, présentent un caractère remarquable : elles sont des libertés tempérées, des libertés raisonnables. Elles ne sont pas une affirmation idéologique absolue; elles sont des règles générales qui, tout en maintenant l'existence d'un principe, tiennent cependant un large compte des nécessités sociales.

Cet aspect ne doit pas surprendre; il s'explique pleinement lorsque l'on analyse les méthodes qui ont présidé à la formation des droits individuels en Amérique.

La croyance aux libertés individuelles s'apparente à la croyance en l'existence de droits subjectifs et d'un droit naturel. Cette conception est d'ailleurs classique. C'est celle des philosophes français du XVIII^e siècle; ce fut celle qui, latente dans la conscience collective du peuple américain, trouva son expression dans la Constitution de 1787 et dans les dix premiers amendements qui complétèrent ce texte.

Avec cette conception, les libertés individuelles correspondent à des principes absolus et indiscutables.

Mais bientôt, la vie pratique obligea les Américains à des transactions. En effet, sur le terrain des faits, la mise en œuvre d'un principe rencontre des difficultés. Les titulaires de droits ne vivent pas isolément; ils font partie du corps social. Dès lors, leurs droits, s'ils sont absolus, vont se heurter aux droits voisins; ils vont aussi se heurter à un droit de troisième sorte, celui de la collectivité. Il faut donc,

si l'on veut éviter des antagonismes dangereux et un Etat d'anarchie incompatible avec la vie en société, concilier ces droits contradictoires. Il faut, dans ce but, que les particuliers consentent, de gré ou de force, des concessions sur leurs droits.

La réalisation de cet objectif incombera nécessairement à l'Etat. De celui-ci, en effet, la raison d'être est la conservation de la société. Il devra donc surveiller l'activité de ces citoyens, laissant faire ce qu'il juge licite, arrêtant au contraire les initiatives dangereuses. Au fond, l'Etat doit accomplir une œuvre de conciliation et d'opportunité et dégager des contradictions du détail un équilibre harmonieux entre les forces individuelles et les forces sociales.

Semblable entreprise nécessite à la fois un esprit de suite poussé fort loin et un sens politique aiguisé. Ce sont là des qualités rarement réunies. Cependant, en Amérique, il se trouve qu'un pouvoir, le judiciaire, unisse à l'esprit de tradition, caractéristique de ce qui s'apparente au droit, une connaissance profonde des nécessités pratiques.

Cette particularité explique le rôle joué, par les Cours de justice, dans l'élaboration des libertés américaines. Ce rôle est considérable; il l'est au point que l'on peut soutenir que les libertés modernes sont, en Amérique, l'œuvre des juges. Ainsi se trouve dégagé un second trait caractéristique relatif aux libertés individuelles américaines.

L'existence de ces deux traits originaux, modération d'une part, de l'autre élaboration judiciaire, se trouvera vérifiée par l'étude que nous allons entreprendre des quatre principales libertés américaines,

CHAPITRE PREMIER

L'ÉGALITÉ

I. *Introduction.* — 61. Caractère précaire de l'égalité.
II. *Le principe théorique d'égalité.* — 62. Les formules employées par la Constitution et par les arrêts. — 63. Leur adaptation aux faits. — 64. Le critérium de la classification légitime. — 65. Les règles présidant à la mise en œuvre de ce critérium.
III. *Les solutions du droit positif.* — 66. Généralités. — 67. Les plus-values particulières. — 68. Les circonscriptions administratives et judiciaires. — 69. Les impôts spéciaux. — 70. Justification des législations spéciales par l'exercice du *police power*.

I

61. Parmi les diverses libertés individuelles il n'en est sans doute point qui aient suscité de plus grands espoirs que le droit à l'égalité; il n'en est point non plus qui aient causé de plus profondes déceptions. La raison en est simple. L'égalité représente un idéal humain souvent et passionnément affirmé, mais cet idéal forme un contraste douloureux avec la réalité. Dans les faits, l'inégalité est une condition naturelle; ses formes multiples attestent de sa généralité.

Les hommes ont conscience de cette situation; ils connaissent son caractère fatal. Périodiquement cependant, dans un élan d'enthousiasme et d'espoir, ils se laissent entraîner à oublier la réalité; ils proclament hautement l'existence de l'égalité et sans doute, un instant, y croient-ils. Puis il leur faut revenir à la vie normale et à la lutte quotidienne contre le monde extérieur; les faits se présen-

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of the American Constitution*, secs. 275-279, 282; PAGE H., *Law of Taxation and Special Assessments*; MOTT, *Due Process of Law*, pp. 256-299; HALL E. C., *Due Process of Law and Class Legislation*, 43 Am. L. R. (N.), 1909) 926.

b) Textes judiciaires : *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. (1886) 356; *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. (1896) 537; *Patson v. Pennsylvania*, 232 U. S., 138; *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co*, 220 U. S. (1911) 61; *Jeffrey Mfg. Co v. Blagg*, 235 U. S. (1915) 571; *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. (1921) 312; *Terrace v. Thompson*, 263 U. S. (1923) 197; *People of State of New-York v. Zimmermann*, 278 U. S. (1928) 63.

tent à eux implacables; les inégalités reparaissent. Comment n'en avoir pas conscience ? La tâche qui s'impose alors est d'accepter la situation de fait, de l'organiser et par là de réduire ses inconvénients dans la limite des forces humaines. Après l'explosion des passions il faut revenir à la réalité, aménager le médiocre; flux éternel et reflux de la conscience humaine !

Ce caractère précaire de l'égalité dans les faits n'est pas sans influence sur son organisation juridique, car il faut bien que les règles de droit reproduisent en elles les aspects essentiels des faits qu'elles ordonnent. L'effort de construction réalisé à ce sujet par le droit américain en est une illustration parfaite. Peut-être n'est-il pas de pays où, plus qu'en Amérique, les principes de l'émancipation politique furent proclamés avec enthousiasme juvénile et avec force; mais il n'en est pas non plus où l'influence des faits se fit sentir plus rapidement sur le droit.

L'égalité n'étant que très imparfaitement réalisée dans la vie pratique, son organisation juridique devait être imparfaite elle aussi. Pour cette raison, il était impossible que l'égalité fût un principe absolu en droit américain. En fait, elle doit être considérée simplement comme un droit naturel et un idéal; elle est une règle générale de conduite, mais elle laisse la possibilité d'organiser les faits avec une certaine liberté. En cette matière, la jurisprudence américaine, dont le rôle ici encore fut prépondérant, a manifesté des qualités de bon sens et de modération. C'est dans son élaboration de la notion d'égalité qu'elle fit éprouver le mieux la souplesse de sa méthode; c'est à cette occasion qu'elle appliqua avec peut-être le plus de précision son critère fondamental, la *rule of reasonableness*.

En résumé, le droit américain, révélant dans cette œuvre son souci d'opportunisme, a admis l'égalité; il en a proclamé la valeur et l'intangibilité; mais, dans la pratique, il a su tenir compte des nécessités et a donné à ce principe une application souple.

Aussi, l'étude de l'égalité en droit américain doit-elle comprendre :

1° L'étude du principe théorique d'égalité, tel qu'il a été proclamé par la Constitution Américaine et tel qu'il a été adopté par la jurisprudence ;

2° L'étude de ce même principe appliqué à la vie pratique, son caractère nécessaire de relativité.

II

62. Le principe de l'égalité fut proclamé par la Constitution fédérale dans le XIV^e amendement. « Aucun Etat, y est-il dit, ne pourra refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois. »

Ce principe fut affirmé à maintes reprises également par les Cours de justice américaines. Les formules qu'elles employèrent à cet égard furent souvent fort imprécises. Ainsi, pour prendre un exemple dans les arrêts de la Cour suprême fédérale, celle-ci déclarait en 1886 dans *Yick Wo v. Hopkins*¹ : « L'égale protection des lois est une garantie de la protection de lois égales » ; en 1910, la même Cour indiquait que « l'égale protection des lois signifiait soumission à des lois égales appliquant les mêmes règles à toutes les personnes se trouvant dans la même situation² ». Les termes de ces déclarations sont, on le voit, fort généraux et imprécis : point n'eût été besoin de l'affirmation solennelle de la plus haute juridiction d'Amérique pour supposer que l'égale protection des lois requérait l'existence de lois égales, qu'elle obligeait à traiter de même les personnes qui se trouvaient dans la même situation !

Mais cette imprécision ne fut-elle pas un résultat volontairement poursuivi par les Cours ? Les règles qui ont été précédemment déterminées³ relativement à leur méthode d'action semblent bien devoir permettre une réponse affirmative. C'est dans un but pratique, de façon à n'être pas liées et pour appliquer en toute indépendance la protection du XIV^e amendement, que les Cours ont évité de donner à celui-ci une interprétation stricte.

Et, de fait, en laissant ainsi à la clause d'égale protection la valeur d'un principe très général, les Cours ont pu se servir d'elle pour de multiples fins. Le droit à l'égalité fut invoqué à maintes reprises lorsqu'il s'agit de limiter l'action de l'Etat. C'est ainsi qu'il servit, concurremment au *due process*, à fixer les frontières de l'exercice normal du *police power* ; il servit aussi à fixer les bornes du pouvoir de

1. 118 U. S. 356.

2. *Southern R. Co v. Greene*, 216 U. S. 400 (412).

3. Cf. ci-dessus § 20.

taxation et celles du pouvoir d'*eminent domain*; il servit enfin à réglementer le droit des entreprises privées et contribua à déterminer la notion américaine de la liberté contractuelle⁴. A lui par conséquent, comme au *due process*, eût pu s'appliquer la fameuse protestation contenue dans *Missouri Pacific Ry. Co v. Humes* : « Ce n'est pas là un port où trouver refuge contre tout acte émanant d'une législation inopportune et oppressive⁵ ! »

63. L'influence du principe d'égalité contenu dans le XIV^e amendement sur les faits juridiques américains fut ainsi considérable. Mais par un curieux retour des choses, cette influence ne fut pas unilatérale. Si l'on peut dire, en effet, que beaucoup de solutions positives du droit américain furent inspirées par le XIV^e amendement, il faut reconnaître en revanche que le principe contenu dans le texte constitutionnel subit une déformation certaine. A la suite de son intervention dans la vie pratique, la notion d'égalité perdit son caractère absolu; il fallut qu'on l'adaptât aux nécessités, elle devint donc une notion souple.

Ce caractère de souplesse, disons aussi de relativité, s'imposait; il était la sagesse même et la reconnaissance de l'emprise puissante exercée par les faits sur le droit.

En premier lieu, il représentait une nécessité de technique juridique. La qualité première des règles de droit est la précision; elles doivent s'adapter le plus parfaitement possible aux situations qu'elles ont pour but d'organiser. Or, un pays comme les Etats-Unis présente ce double caractère d'avoir atteint un niveau de civilisation avancé et de grouper dans les limites de ses frontières des populations extrêmement variées. De ce fait, il offre au législateur des situations fort diverses. Dans ces conditions, il faut bien admettre la possibilité d'introduire quelque spécialisation dans la législation; il faut qu'existent, pour certaines catégories d'individus ou de biens, des règles juridiques particulières; en un mot, il faut établir une classi-

4. Sur tous ces points, cf. Swayze, *l. c.* 26 H. L. R. 29; cf. aussi ci-dessus en ce qui concerne le *police power*, §§ 35 à 37; en ce qui concerne le pouvoir de taxation, § 42; en ce qui concerne le pouvoir d'*eminent domain*, §§ 40 et 41; en ce qui concerne la liberté contractuelle, § 79 à 86.

5. 115 U. S. 512.

fication des principales situations juridiques et adapter la législation générale à cette classification.

En second lieu, comme l'a fait remarquer la Cour suprême fédérale elle-même, « classer est le procédé de raisonnement le plus invétéré qui soit. Les hommes peuvent à peine penser ou parler sans en user inconsciemment, un tel procédé doit donc dominer la législation et agir sur elle⁶. »

C'est pour ces raisons que les Cours de justice américaines ont formellement admis la légitimité pour les Etats d'introduire dans leur législation des classifications. Nombreuses sont, en ce sens, leurs affirmations : En 1879, dans *Missouri v. Levis*⁷, la Cour suprême des Etats-Unis déclarait : « Le XIV^e amendement n'a pas pour but d'assurer, à toute personne vivant aux Etats-Unis, le bénéfice des mêmes lois et des mêmes recours judiciaires. » En 1885 elle se prononçait à nouveau sur ce point avec plus de précision dans *Barbier v. Connolly*⁸ : « Toute législation de classes, y était-il dit, contenant une discrimination faisant grief à certaines personnes, alors qu'elle en favorise d'autres, est interdite; en revanche, une législation discriminatoire qui est prise dans un but public et qui traite de même toutes les personnes dont la situation est identique ne rentre pas dans la prohibition de l'amendement. » A une époque plus récente, en 1914, dans le cas *Jeffrey Mfg. Co v. Blagg*⁹, la même Cour rappelait encore « que souvent déjà elle avait affirmé la règle générale qui veut que le but du XIV^e amendement et de la clause d'égale protection ne soit pas d'enlever aux Etats le droit et le pouvoir de faire des classifications sur les matières qui rentrent dans le domaine de leur législation ». Enfin, en 1923, dans *Terrace v. Thompson*¹⁰, elle déclarait encore : « La clause (d'égale protection) assure une protection uniforme pour tous, lorsqu'il s'agit de jouir de droits dans des circonstances semblables; mais elle n'interdit pas l'établissement par l'Etat de toute distinction quelle qu'elle soit. Ainsi il est

6. *Terrace a. al. v. Thompson*, 263 U. S. 197.

7. 101 U. S., 22 (31).

8. 113 U. S., 27 (31).

9. *Jeffrey Mfg. Co v. Blagg*, 235 U. S. 571.

10. 263 U. S. 197.

possible de distinguer entre les citoyens et les étrangers résidant sur le territoire¹¹ ».

64. Les exemples précédents montrent que les Cours américaines ont fait preuve de libéralisme dans l'interprétation qu'elles ont donnée du principe d'égalité. Cependant, leur tolérance aurait pu avoir des inconvénients graves si elle n'avait pas été modérée par quelques règles et par quelques principes juridiques.

Sans doute, il était nécessaire de prévoir pour certains cas des législations spéciales; de ce fait, les classifications étaient légitimes. Mais appliqué sans frein ce procédé aurait pu conduire fort loin; car il n'existe peut-être pas une seule situation juridique qui soit rigoureusement identique à sa voisine; ainsi on pourrait multiplier à l'infini les législations spéciales et arriver à une véritable mosaïque juridique; l'unité du droit dans l'Etat serait en péril et ce fait pourrait bien influencer sur la situation politique elle-même.

D'autre part, ces situations juridiques distinctes invoquées pour justifier les législations spéciales peuvent fort bien n'être qu'un prétexte. Le but avoué des gouvernements est, certes, louable : il s'agit, prétendent-ils, d'adapter de façon parfaite la législation aux situations particulières; mais le but réel peut être tout différent, il peut être simplement d'isoler une catégorie de citoyens et de lui appliquer un traitement particulier et défavorable. On sait ce qu'en cet ordre d'idées l'ingéniosité américaine a su parfois réaliser.

Dans ce second cas, la violation de l'égalité est flagrante et la tolérance des juges aboutirait à des effets rigoureusement contraires à ceux qui devraient être atteints : le but était de permettre l'application souple d'un principe dans le dessein de le rendre exactement conforme à son objet; le résultat serait la ruine même du principe.

Dans ces conditions, il était nécessaire que le pouvoir judiciaire cherchât à limiter l'extension de ces classifications dont le principe même était reconnu. Il fallait, dans

11. Cf. dans le même sens : *Hayes v. Missouri* 120 U. S. 68 (71); *Palsons v. Pennsylvania*, 232 U. S. 138.

ce but, trouver une règle juridique qui permet de déterminer avec exactitude ce qu'était la classification légitime.

Le problème se posait ainsi : l'existence de certaines législations spéciales était une nécessité pratique, celles-ci étaient incontestablement légitimes; d'autres, au contraire, étaient franchement abusives; elles devaient être interdites. Mais entre ces deux extrêmes il existait toute une série de situations intermédiaires pour lesquelles le doute était possible; par elles on passait de façon insensible de la légitimité à l'abus. C'était là que résidait la difficulté, car il fallait évaluer des impondérables, apprécier des circonstances de fait. Une seule méthode pouvait venir à bout de ce problème difficile, c'était l'application de la *rule of reasonableness*. Ce fut elle dont usèrent les Cours de justice américaines.

Dans une de ses décisions les plus fameuses¹², la Cour suprême des Etats-Unis résuma en quatre règles les principes qu'il convenait d'appliquer à la matière : « Les règles qui ont été déterminées par des décisions répétées de cette Cour, dit-elle, et qui permettent de trancher ces difficultés (celles résultant de l'application souple du principe d'égalité) sont les suivantes :

« 1^o La clause d'égalité protection du XIV^e amendement n'enlève pas aux Etats le pouvoir d'établir des classifications lorsque ceux-ci font des lois de police; au contraire, elle admet l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire à cet égard. Elle permet seulement d'annuler les mesures prises *sans base raisonnable*, mesures qui, de ce fait, sont purement arbitraires.

« 2^o Lorsqu'une classification présente *quelque base raisonnable*, elle ne viole pas la clause du XIV^e amendement pour la seule raison qu'elle n'a pas été faite avec une exactitude mathématique ou parce que pratiquement elle entraîne quelque inégalité.

« 3^o Lorsque, dans une loi semblable, la classification qu'elle contient est mise en question, si l'on peut concevoir qu'il existe des *circonstances raisonnables* capables de la justifier, l'existence de pareilles circonstances au moment où la loi fut votée doit être affirmée.

12. *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co*, 220 U. S. 61 (78).

« 4° Celui qui prend l'initiative d'attaquer la classification contenue dans une loi semblable doit supporter la charge de prouver qu'elle ne repose pas *sur une base raisonnable* et qu'elle est essentiellement arbitraire. »

Il résulte très clairement des quatre propositions précédentes que la règle de raison fournit bien le critérium recherché : dans les quelques lignes où il cherche à déterminer les conditions d'une classification légitime, le juge qui rédigea l'arrêt ci-dessus rapporté se voit contraint à employer cinq fois l'expression raisonnable. Pour lui, la classification raisonnable est celle qui repose sur une base raisonnable, celle qui intervient dans des circonstances raisonnables.

65. Quelles sont donc, en ce qui concerne l'application aux faits de la clause d'égalité, les indices qui guident le juge et qui lui permettent de déclarer que telle classification est raisonnable, alors que telle autre ne l'est point.

Un principe domine la question, c'est que la règle de raison n'est pas une règle essentiellement théorique et juridique; sa portée est avant tout pratique; elle permet au juge, en présence de chaque cas qui lui est soumis, de déclarer non pas seulement si la loi en discussion dans ce cas est conforme à la règle de droit inscrite dans la Constitution, mais aussi si elle est légitime; c'est-à-dire s'il est conforme à l'idéal juridique américain et aux conditions sociales et économiques du moment présent¹³. Pour cette raison, il ne faut pas être étonné de la difficulté que l'on éprouve à déterminer avec une exactitude absolue les éléments que comprend la règle de raison.

En ce qui concerne le pouvoir de classification qui appartient aux Etats, plusieurs éléments peuvent cependant être dégagés, qui permettent de déterminer si l'on se trouve en présence d'une mesure raisonnable ou non; ces divers éléments ont une base commune : le but même poursuivi par la législation spécialisée. Celle-ci, en effet, n'est légitime qu'autant qu'elle permet d'adopter avec une précision parfaite la réglementation juridique aux diverses situations de fait. En principe, par conséquent, on peut

13. Cf. ci-dessus § 45 à 48.

dire qu'une législation spéciale sera légitime lorsqu'elle aura été créée en vue de circonstances tout à fait particulières; il faut qu'elle soit imposée par la nature même des choses.

Encore faut-il que ces différences naturelles soient assez fortement accusées; il s'agit, en effet, en l'espèce, non pas de différences théoriques et menues, mais de différences pratiques, telles par exemple qu'elles opposent franchement une série de citoyens à l'ensemble de la communauté. A maintes reprises la Cour suprême fédérale a indiqué qu'il y avait là une condition absolument nécessaire; ainsi, dans *Quaker City Cab Co v. Pennsylvania*¹⁴, elle déclarait : « Il faut que les classifications soient fondées sur des *différences réelles et substantielles* qui aient une relation raisonnable avec la législation particulière en jeu¹⁵. »

Un exemple excellent de ces différences substantielles est fourni par ce que les Cours américaines connaissent sous la nom de « situation de danger ». Dans *Patson v. Pennsylvania*¹⁶, la Cour suprême des Etats-Unis déclarait que « l'on peut considérer comme une règle générale la possibilité qui existe pour un Etat de faire une législation de classe en prenant en considération un danger qui doit être évité. Si la classe contre laquelle la législation discriminatoire est dirigée peut raisonnablement être considérée comme comprenant les personnes qui sont la cause du danger, cette législation doit, sans aucun doute, être approuvée. » Une application bien curieuse de cette règle fut envisagée dans *People of State of N. Y. v. Zimmermann*¹⁷. Dans ce cas, la Cour eut à examiner la constitutionnalité d'une loi d'Etat qui imposait à certaines associations secrètes un régime de police spécial. L'association visée était le *Ku Klux Klan*. Elle se plaignait de ne pas être traitée comme d'autres associations. Les syndicats professionnels, la franc-maçonnerie, certaines associations protestantes comme l'*Independant Order of Odd. Fellows* ou la *Grand Army of the Republic*, l'association catholique des *Knights of Columbus* étaient en effet dispensés de formalités

14. 277 U. S. 389.

15. Cf. aussi : *Power Co v. Saunders*, 274 U. S. 490.

16. 232 U. S. 138.

17: *People of State of N. Y. v. Zimmermann*, 278 U. S. 63.

qui lui étaient imposées. Aussi, le *Ku Klux Klan* déféra-t-il devant les tribunaux la loi qui le frappait; elle était, prétendait-il, inconstitutionnelle, car elle violait l'égalité et le XIV^e amendement en imposant à une association particulière des mesures plus rigoureuses que celles qui s'appliquaient normalement aux associations de même sorte. La Cour lui donna tort. Par l'organe du juge Devanter, elle déclara « qu'il était universellement reconnu que le *Ku Klux Klan* fonctionnait de préférence la nuit, que ses membres affublés de cagoules et de longues robes se livraient à des rites dont le but était de jeter la terreur dans l'esprit de la population ». Une association semblable présentait donc un danger réel, et pour cette raison l'Etat pouvait légitimement lui imposer un régime juridique particulier.

Une dernière condition s'impose pour que la législation particulière soit valable. Il faut que le but avoué de cette législation soit aussi son but réel¹⁸. Un Etat, par exemple, ne pourrait pas imposer à une catégorie de citoyens une réglementation spéciale en invoquant l'intérêt public alors que la raison secrète de la mesure serait d'imposer des charges vexatoires à une catégorie d'individus.

Ces diverses règles sont d'ailleurs appliquées par les Cours américaines dans un esprit extrêmement favorable aux pouvoirs publics. En principe, la constitutionnalité de la mesure spéciale doit être présumée. Comme l'indiquait l'arrêt *Lindsley*, c'est au particulier lésé « qui prend l'initiative d'attaquer la classification à apporter la preuve du caractère vexatoire de celle-ci. D'autre part, il suffit, pour la catégorie qu'elles visent, que les classifications maintiennent une égalité générale et approximative. Dans *Palsone v. Pennsylvania*¹⁹, la Cour affirmait qu'« un manque d'égalité de nature purement abstraite ne présentait pas d'importance; en la circonstance, il s'agit d'une question pratique qui dépend de l'expérience. L'Etat peut fort bien diriger ses lois contre ce qui constitue un danger et par danger il faut entendre celui qui existe au moment même où est votée la loi; il ne peut pas s'agir d'atteindre tous les abus à la fois. » La même affirmation était répétée quelques

18. Sur ce point, cf. ci-dessus § 37, 4°.

19. *L. c.*

années plus tard dans *Miller v. Wilson*²⁰ : « Il n'y a pas lieu de tenir compte des lacunes que peut contenir une loi; c'est aujourd'hui un principe bien établi qu'un Etat, pour rendre valable une réglementation qu'il édicte, n'est pas obligé d'étendre celle-ci à tous les cas qu'il est possible d'atteindre. Il faut avoir en vue les exigences de la vie pratique; l'Etat doit être guidé par l'expérience; il est libre de reconnaître des degrés dans le dommage qu'il veut prévenir; il peut limiter sa réglementation à certaines classes pour lesquelles celle-ci est indiscutablement appropriée. »

III

66. Ainsi, par une série d'efforts fractionnés mais continus, grâce à des décisions successives, chacune apportant pour la solution du problème son élément particulier, la jurisprudence américaine est parvenue à dégager plusieurs règles assez précises. Leur ensemble constitue un critérium qui permet de déterminer, avec une précision satisfaisante, ce qui, en matière de législation spécialisée, est légitime et ce qui ne l'est pas. Le pouvoir judiciaire s'est ainsi formé un instrument d'appréciation. Quel usage en a-t-il fait en pratique? C'est ce qu'il convient d'examiner.

Dans l'ensemble, la jurisprudence des Cours constitutionnelles américaines admet la possibilité pour l'Etat d'établir des législations spéciales dans quatre domaines surtout.

67. 1° Lorsqu'il s'agit d'apporter sur un point particulier du territoire une amélioration, celle-ci en principe ne profite qu'à un nombre restreint d'individus; la question se pose donc de savoir qui doit en supporter les frais? Est-ce l'ensemble de la communauté nationale? Est-ce que ce seront seulement les bénéficiaires de l'opération. En d'autres termes, les fonds nécessaires aux travaux d'amélioration doivent-ils être prélevés au budget général et fournis par les impôts ordinaires ou bien prélevés sur les intéressés.

La Cour suprême des Etats-Unis a admis la première solution dans plusieurs circonstances : pour l'embellissement d'une localité²¹, pour une amélioration à apporter

20. 236 U. S. 373; cf. aussi : *Radice v. New-York*, 264 U. S. 292; *American Sugar Refining Co v. Louisiana*, 179 U. S. 89; *Arkansas Natural Gas Co v. Railroad Commission*, 261 U. S. 379. Dans ce dernier cas, on trouvera cité une forte bibliographie que nous nous dispensons de reproduire.

21. Cf. *Mobile County v. Kimball*, 102 U. S. 691; *Bauman v. Ross*, 167 U. S. 548.

à une grande route²², pour le drainage d'une contrée marécageuse²³, pour l'agrandissement d'un port²⁴.

Mais ces décisions ne correspondent pas à la règle généralement admise. Le droit américain, en effet, estime plus équitable de faire reposer la charge d'une amélioration locale exclusivement sur ceux qui en profitent. Avec cette solution, par conséquent, il faut admettre la possibilité d'établir à l'égard des bénéficiaires des travaux une législation spéciale, une classification; mais il faut reconnaître qu'en aucune circonstance elle ne pourrait être mieux justifiée: les charges spéciales correspondent à des travaux spéciaux, la classification est ici imposée par la nature même des choses.

En droit américain, ces impositions spéciales ont fait l'objet d'une réglementation précise, celle-ci même a été élevée au niveau d'une véritable institution juridique, le *front foot rule* ou « règle d'imposition des riverains ». Elle édicte que lorsque les travaux profiteront à une certaine catégorie d'individus seulement, ce seront ces derniers qui en supporteront le coût²⁵. Mais faut-il appliquer ce système avec toutes ses conséquences logiques et décider que les frais mis à la charge des particuliers doivent exactement correspondre aux bénéfices que ceux-ci retirent de l'opération?

La Cour suprême des Etats-Unis a eu à se prononcer sur cette question dans *Norwood v. Baker*²⁶. Il s'agissait du percement d'une rue dans un pâté de maisons. Les propriétaires des immeubles situés en bordure de la rue nouvelle furent fortement imposés; ils estimaient que la charge qui leur incombait ainsi était supérieure à la plus-value dont bénéficiaient leurs propriétés. Ils portèrent l'affaire devant la Cour suprême qui déclara: « L'impôt que l'on peut exiger d'un propriétaire privé pour payer les frais d'un travail d'intérêt public ne doit pas dépasser l'avantage personnel que celui-ci en retire. La part qui, dans l'impôt, dépasse cet avantage, doit être considérée comme une véri-

22. Cf. *Norwood v. Baker*, 172 U. S., 269; *Louisville a. N. R. Co v. Barber Asphalt Co*, 197 U. S., 430.

23. Cf. *Hagar v. Reclamation Dist.*, 111 U. S., 701.

24. Cf. *Mobile County v. Kimball*, 102 U. S., 691.

25. Cf. *Louisville a. N. R. Co v. Barber Asphalt Co* (1908) 210 U. S., 177.

26. 172 U. S. 269.

table expropriation déguisée sous la forme juridique d'une taxation. » Mais par la suite, d'autres arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis donnèrent au problème une solution beaucoup moins rigoureuse. En 1901, dans *French v. Barber Asphalt, Paving Co*²⁷, puis dans *Louisville a. Nashville R. R. Co v. Barber Asphalt Co*²⁸, elle décida qu'il n'était pas nécessaire que la plus-value immobilière dont bénéficiait le propriétaire compense exactement la taxe qui lui était réclamée. Dans le second de ces deux cas, notamment, une compagnie de chemins de fer attaquait la constitutionnalité d'une loi qui lui imposait une taxe pour payer les frais de pavage d'une rue voisine. Elle estimait que ce travail ne devait donner à la ligne qu'elle avait établie aucune plus-value; bien au contraire, le meilleur état de la chaussée pouvait, en une certaine mesure, lui porter un préjudice en favorisant la concurrence des transports par route. En justice stricte, elle aurait donc pu, non pas payer les frais de l'opération, mais même recevoir une indemnité. Tel cependant ne fut pas l'avis des juges de la Cour : « A l'heure actuelle, il est établi, dirent-ils, que les lois semblables à celle qui nous est soumise ne doivent pas être considérées comme contraires à notre Constitution fédérale. Une loi pareille peut, sans aucun doute, prévoir pour un lot particulier un impôt supérieur à l'avantage qui résultera, pour ce lot, de l'opération. En principe, le coût total de l'amélioration doit être réparti proportionnellement à l'étendue du terrain possédé; or il peut arriver qu'un lot figurant parmi les terrains imposés ne retire de l'opération aucune plus-value... Cette situation n'a pas pour effet de rendre nulle la mesure envisagée; elle ne rend pas irrégulière non plus l'imposition. La mesure peut être considérée en général comme excellente, elle réalise une justice normale; dans ces conditions, si dans un cas particulier, un mal découle des conséquences naturelles et ordinaires de la mesure, ce mal doit être considéré comme résultant de l'imperfection des choses humaines... » « D'ailleurs, ajoute la Cour, si la compagnie de chemins de fer ne retire pas du pavage de la rue un avantage direct pour son tra-

27. 181 U. S. 324.

28. 197 U. S. 430, avec deux opinions dissidentes.

fic, il est propable qu'elle en retirera cependant un bénéfice d'ordre plus général » (*in its general relations*). Cet arrêt donne une juste idée de la souplesse dont usent les Cours américaines lorsqu'elles appliquent les principes constitutionnels. Dans l'hypothèse que nous venons de considérer, la justice stricte aurait exigé que la plus-value retirée par un propriétaire de l'exécution d'un travail public compense exactement les charges qu'on lui imposait dans ce but. La jurisprudence américaine, au contraire, envisage la question d'un point de vue plus général et surtout plus pratique; si l'intérêt général l'exige, elle admet que le propriétaire pourra subir un léger préjudice. Dans ce cas, par conséquent, elle sacrifie l'individu au groupe.

Cependant, elle ne délaisse pas, pour cela, son rôle primordial qui est la défense des libertés individuelles. Sans doute, elle tolère un léger empiétement des droits de la collectivité sur ceux des individus, mais elle ne permet pas que l'on aille trop loin dans cette voie. Cela, elle l'a déclaré formellement. Dans *Marwin v. District of Columbia*²⁹, par exemple, elle affirmait « qu'il y avait de très grandes chances pour que la charge imposée au propriétaire dépassât notablement le bénéfice retiré de l'opération; lorsque la perte qu'il devra ainsi subir se révèle considérable, on peut admettre que la jurisprudence du cas *Louisville v. Barber* constitue un précédent. Les droits constitutionnels, de même que les autres droits, sont des questions de tact. »

On ne pouvait pas souligner avec plus de franchise l'importance attribuée aux faits. Ceux-ci obligent, selon les circonstances, à favoriser tantôt les individus, tantôt la collectivité. Le rôle du pouvoir judiciaire est de tenir entre les intérêts en présence la balance égale; il applique une méthode que nous avons déjà décrite, celle de la *balance of convenience*. Nous nous trouvons bien ici dans le domaine d'élection de la règle de raison.

68. 2°. D'autre part, la jurisprudence américaine reconnaît aux Etats le droit de diviser leurs territoires en circonscriptions. Cette faculté a été admise de façon formelle par la Cour suprême des Etats-Unis à propos de la créa-

tion de circonscriptions judiciaires. Dans *Missouri v. Lewis*³⁰, elle indique que « le XIV^e amendement ne peut pas empêcher un Etat d'aménager et de répartir, selon son bon plaisir, la compétence des diverses Cours de justice dépendant de lui. Une semblable limitation des pouvoirs de l'Etat... n'aurait pas pu être contenue dans le texte prévoyant « qu'aucun Etat ne pourrait refuser à quiconque relevait de sa juridiction une égale protection des lois »... La protection égale des lois n'est pas violée parce qu'il existe quelques diversités dans la compétence *ratione materiae* des Cours...; du moment que toutes les personnes résidant dans les limites territoriales de leur juridiction respective ont des droits égaux pour des litiges et dans des circonstances semblables... En ce qui concerne l'administration de la justice, l'Etat peut fort bien établir un système de juridiction pour les villes et un système différent pour les autres parties de son territoire. »

Dans le même ordre d'idées, un Etat peut diviser son territoire en circonscriptions administratives. Il peut créer des « comtés » et des « municipalités », sectionner encore s'il veut ces dernières en régions plus petites; tout cela est constitutionnel et il importe peu que des lois différentes soient appliquées à chacune de ces subdivisions.

69. 3^o En matière fiscale, le principe d'égalité reçoit une application plus souple encore. De nombreuses décisions ont affirmé le droit, pour l'Etat, de créer des impôts applicables à certaines catégories de contribuables seulement. Dans *Connolly v. Union Sever Pipe Co*³¹, la Cour suprême des Etats-Unis admettait « qu'une taxe pouvait être perçue sur certaines professions seulement ».

Lorsqu'un Etat exerce son pouvoir de taxation, il n'est pas obligé de taxer toutes les professions et tous les biens qui pourraient légitimement l'être. Ce serait un fardeau intolérable si un Etat ne pouvait pas frapper une propriété ou une profession sans frapper en même temps toutes les propriétés et toutes les professions. Dans cet ordre d'idées, la liberté de l'Etat est très grande.

30. 101 U. S. 22 (30).

31. 184 U. S. 540 (562).

La Cour suprême reconnut également le droit pour l'Etat d'imposer différemment les corporations et les individus engagés dans la même profession³². Celui-ci pouvait frapper d'un taux différent la propriété tangible ou intangible³³, les grandes propriétés et les petites. Enfin, les taxes progressives sur le revenu furent approuvées et déclarées compatibles avec les termes de la Constitution³⁴.

70. 4^e Mais, dans la majorité des cas, les législations spécialisées et l'inégalité qui en résultait trouvèrent leur justification dans le *police power* des Etats. Il est nécessaire, sur ce point, de rappeler la forte décision rendue dans *Barbier v. Connolly*³⁵. Comme le disait la Cour suprême fédérale : « Ni le XIV^e amendement, malgré son caractère large et compréhensif, ni aucun autre amendement n'a eu pour but de diminuer le pouvoir de l'Etat que l'on appelle parfois son *police power*. Ce pouvoir permet de prescrire des réglementations dans le but d'assurer au peuple la santé, la sécurité, la morale, l'éducation et le bon ordre public, et de légiférer pour accroître les industries dans l'Etat, développer ses ressources et augmenter sa richesse et sa prospérité. La législation spécialisée découle d'une véritable nécessité sociale; elle a souvent dû être appliquée à certaines circonscriptions territoriales. C'est ce qui eut lieu pour le drainage des marais, pour l'irrigation des plaines arides. Des impositions spéciales furent, à maintes reprises, nécessaires pour réaliser une amélioration profitable à la communauté... notamment lorsqu'il s'agit de l'alimentation en eau, de la prévention des incendies, de l'éclairage, du nettoyage des rues, de l'ouverture de parcs; il en fut de même dans beaucoup d'autres occasions. Les réglementations qui sont prises pour des motifs semblables peuvent peser avec plus ou moins de poids sur les uns et sur les autres si elles n'ont pas pour but d'imposer à un individu une privation

32. Cf. *Michigan Cent. R. R. Co v. Powers*, 261 U. S. 245.

33. Cf. *Coulter v. Louisville a. N. R. Co*, 196 U. S. 599.

34. a) Sur la question de la constitutionnalité des taxes à taux progressifs, cf. notes dans 27 L. R. A. (N. S.) 864 et L. R. A. 1915, B. 569.

b) Sur les rapports de la clause d'égalité du 14^e amendement et du pouvoir de taxation, cf. encore : *King v. Mullen*, 171 U. S. 404 (405); *Magoun v. Illinois Trust a. Savings Bank*, 170 U. S. 283; *American Sugar Refining Co v. Louisiana*, 179 U. S. 89; *Royster Guano Co v. Virginia*, 253 U. S. 412; *Travelers Insurance Co v. Connecticut*, 185 U. S. 364.

35. 113 U. S. 27 (31).

contraire à l'égalité, et sans nécessité; elles assurent le bien général au prix d'un inconvénient individuel le plus réduit possible. Par conséquent, ces réglementations, qui sont nécessairement spéciales par leur caractère, ne doivent pas provoquer de plaintes justifiées, à la condition toutefois qu'elles s'appliquent en même temps à toutes les personnes et à tous les biens qui se trouvent placés dans les mêmes conditions... La législation de classe qui est dirigée contre certaines personnes seulement, alors qu'elle en favorise d'autres, est prohibée; mais la législation qui a en vue l'intérêt public ne l'est pas..., bien que son application soit limitée, si, dans sa sphère d'application, elle atteint à la fois toutes les personnes dont la situation est semblable. »)

Ce dictum contient tous les principes généraux applicables à la matière. Nous nous contenterons de le compléter en citant, à titre d'exemple, des décisions de la Cour suprême des Etats-Unis. Ces décisions peuvent être groupées sous quatre rubriques, celles-là mêmes qui sont indiquées dans le cas *Barbier v. Connolly* et qui correspondent aux diverses attributions du pouvoir de police.

a) Malgré la clause d'égalité du XIV^e amendement, un Etat peut prescrire des règles ne s'appliquant qu'à une partie de la population, si celles-ci ont pour but de protéger la santé publique : En 1885, le cas *Barbier v. Connolly* lui-même prohibait le travail de nuit dans les blanchisseries seulement. En 1898, la Cour suprême, dans *Holden v. Hardy*³⁶, approuvait une législation d'Etat qui prescrivait une limitation dans la durée du travail, applicable exclusivement aux industries dangereuses pour la santé. En 1908, dans *Muller v. Oregon*³⁷, la même Cour admettait la possibilité de diminuer la journée de travail pour les femmes, à l'exclusion des hommes.

Dans le but également de préserver la santé de ses citoyens, un Etat peut prescrire des règlements différents pour la vente de l'oléo-margarine d'une part, et la vente du beurre³⁸ d'autre part.

36. 169 U. S. 366.

37. 208 U. S. 412.

38. Cf. *Powell v. Pennsylvania*, 127 U. S. 678; *Capital City Dairy Co v. Ohio*. 183 U. S. 238. En ce qui concerne la réglementation de l'usage des liqueurs avant le 18^e amendement dans le but de protéger la santé cf. notamment *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623.

b) Le pouvoir de police permet également aux Etats de faire subir au XIV^e amendement une légère entorse dans le but d'assurer la sécurité des citoyens. Dans le cas *Mac Donald v. Massachusetts*³⁹, la Cour suprême déclarait qu'il était constitutionnel d'imposer aux récidivistes des pénalités plus lourdes qu'aux délinquants primaires; dans *Finley v. California*⁴⁰, elle approuvait une loi d'Etat qui, pour le même délit, imposait aux *life convicts* des pénalités plus lourdes parce qu'elle estimait ceux-ci particulièrement dangereux. L'Etat, d'ailleurs, peut prendre de semblables mesures non seulement pour assurer la sécurité matérielle de ses citoyens mais aussi pour assurer leur sécurité économique. Dans *Olis v. Parker*⁴¹, la Cour suprême approuvait une loi qui interdisait un mode de spéculation particulièrement dangereux, la « vente sur marge » (*sale of stock of margin*). La décision qui intervint dans *People of State of N. Y. v. Zimmermann*⁴², répond, elle aussi, aux mêmes préoccupations.

c) L'Etat pourra établir des classifications, si celles-ci ont pour but de préserver la morale de la population. C'est ainsi que dans *Murphy v. California*⁴³, la Cour suprême approuvait une loi d'Etat qui interdisait l'usage des billards et des jeux de cartes dans les lieux ouverts librement au public, alors que l'usage en était permis dans les maisons particulières et dans certains hôtels.

d) Enfin, des classifications peuvent être permises dans le but d'assurer le « bien-être général ». C'est ce que décida la Cour suprême des Etats-Unis dans *Welch v. Swasey*⁴⁴, où elle admit la possibilité pour une ville de diviser son territoire en deux districts, l'un étant affecté au commerce, le second à l'habitation, le premier pouvant supporter des constructions d'une hauteur plus grande que le second.

39. 180 U. S. 311.

40. 222 U. S. 28.

41. 187 U. S. 606.

42. 278 U. S. 63.

43. 225 U. S. 623.

44. 214 U. S. 91.

CHAPITRE II

LA LIBERTÉ D'OPINION

I. *Introduction.* — 71. La liberté d'opinion et ses modes d'expression. — 72. L'attitude des pouvoirs publics à l'égard de la liberté d'opinion.

II. *Le régime juridique de la liberté d'opinion.* — 73. Historique. — 74. Etendue de la protection constitutionnelle assurée à la liberté d'opinion en droit américain. — 75. Détermination des limites que peut atteindre la réglementation de la liberté d'opinion; le critérium. — 76. Rôle du pouvoir judiciaire.

III. *Circonstances historiques dans lesquelles la liberté d'opinion eut à subir des atteintes.* — 77. La période des *seditions laws*. — 78. La période de la Grande Guerre et l'*espionnage act*.

I

71. De toutes les libertés individuelles, celle qui présente l'importance la plus grande, celle en tous cas qui a le plus de prix pour les hommes, est certainement la liberté d'opinion.

Sous un régime d'oppression tyrannique, lorsque les individus se voient dénier tous droits, lorsque toute liberté leur est refusée, un seul refuge leur reste, c'est leur propre conscience. Or, la liberté d'opinion présente cette caractéristique naturelle d'être une manifestation psychologique interne; elle se développe sur le plan de la conscience; elle est une liberté de pensée.

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of the American Constitution*, secs. 125-132; *Corpus Juris*, XII, pp. 936-945; 952-955; R. C. L., VI, secs. 232-242; COOLEY T. M., *Constitutional Limitations*, ch. 12-13; HALL, *Free Speech in War Time*, 21 Col. L. R. 526; VANCE, *Freedom of Speech and of the Press*, 2 Minn. L. R., 239; CHAFEE Z., *Freedom of Speech*, ch. 1-4; HART, *Power of Government over Speech and Press*, 29 Yale L. J. 411; CORWIN, E. S., *Freedom of Speech and Press under the First Amendment*, 30 Yale L. J. 48; CARROL, *Freedom of Speech and of the Press in War Time: The Espionage Act*, 17 Mich. L. Rev. 621; CARROL, *Freedom of Speech and of the Press in the Federalist Period: The Sedition Act*, 18 Mich. L. R. 615; WIGMORE J. H., *Abrams v. U. S.*, 14 Ill. L. R. (Mr. 1920) 540; GOODRICH H. E., *Does the Constitution protect free Speech?* 19 Mich. L. R. (Mr. 1921) 487.

b) Textes judiciaires : *U. S. v. Cruikshank*, 92 U. S. (1876) 542; *Schenk v. U. S.*, 249 U. S. (1919) 47; *Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U. S. (1922) 530; *Gillow v. New-York*, 268 U. S. (1925) 652; *Whitney v. California*, 274 U. S. (1927) 357.

Cette particularité entraîne une conséquence importante : la liberté d'opinion, simple manifestation intérieure chez l'individu, demeure hors de l'atteinte des pouvoirs publics. Dans ces conditions, il semblerait qu'elle n'ait pas besoin de protection ; on ne protège en effet que ce qui est menacé.

Ce point de vue, cependant, ne saurait être admis ; il correspond à une conception à la fois trop exclusivement théorique et trop simpliste aussi. Sans doute, pour un psychologue, la liberté d'opinion peut être considérée seulement comme une manifestation d'ordre interne ; mais pour un juriste, le problème est plus complexe que cela. Pour ce dernier, en effet, ce qui importe, c'est moins le droit individuel que la protection dont il doit faire l'objet. A ce point de vue il convient avant tout de considérer, plus que le droit lui-même, ses modes d'expression.

Ces derniers sont évidemment très nombreux. Parmi eux cependant, deux présentent une importance particulière ; ce sont la liberté de parole et la liberté de la presse :

a) La liberté de la parole est la manifestation la plus naturelle et la plus ancienne de la liberté d'opinion ; mais c'est elle aussi qui représente les plus grandes difficultés de réglementation. La parole est, en effet, chose fluide et éphémère, qui exerce sur autrui une influence considérable, mais ne laisse aucune trace. C'est donc une force puissante par les conséquences qu'elle entraîne, perfide par son mode d'action.

A l'époque moderne, la liberté de la parole a vu son importance croître de façon considérable ; cela pour deux raisons : en premier lieu, les relations sociales ont reçu un très grand développement ; les voyages, rendus faciles, ont multiplié les contacts d'hommes à hommes ; de ce fait, les idées circulent et se répandent. D'autre part, un événement considérable, l'apparition de la T. S. F., est venu donner à la parole un champ d'action illimité.

Remarquons que, sous sa forme ancienne et naturelle, le respect de la liberté de parole suppose l'existence d'une seconde liberté, la liberté de réunion, qui lui est étroitement liée.

b) La liberté de la presse est une forme de la liberté d'opinion, plus moderne que la précédente ; pratiquement, elle date du XIX^e siècle seulement. Mais ce retard originel

fut bien vite comblé. A l'heure actuelle et surtout en Amérique, la presse est devenue une puissance considérable qui souvent même tend à abuser de la force qu'elle possède.

La liberté de la presse, comme la liberté de la parole, entraîne avec elle l'existence de libertés annexes, celle du colportage, car les journaux doivent être distribués dans les lieux publics, et celle du commerce, car les publications doivent être librement transportées d'un endroit à un autre.

Ces deux formes différentes de la liberté d'opinion ont eu un sort commun; toutes deux sont solidaires. La réglementation imposée à l'une entraîne nécessairement une réglementation parallèle de l'autre. C'est ce que démontre, de façon irréfutable, l'histoire de ces deux libertés et c'est aussi ce qui a été parfaitement aperçu par le droit américain, puisque celui-ci a réglé le statut de la liberté de parole et de la liberté de la presse par un même texte, le premier amendement.

Pour nous, prenant en considération cette solidarité effective, nous étudierons ensemble ces deux libertés.

72. L'histoire de la liberté de la presse et de la liberté de parole présente un aspect bien curieux qui doit être signalé ici. La parole et la presse ont subi une évolution commune; leur importance est allée sans cesse s'accroissant avec les temps modernes. Jadis, leur rôle dans la société était relativement modeste : il y avait peu de rapports entre les hommes. D'autre part, les livres étaient chers et rares et la grande presse quotidienne n'existait pas. Aujourd'hui, la situation est entièrement différente. Les voyages ont multiplié les rapports intellectuels; la presse est devenue une véritable puissance.

Cette évolution historique semblait logiquement devoir dicter à l'Etat son attitude à l'égard de la liberté de la presse et de la liberté de parole. Celles-ci ne représentaient, jusqu'au milieu du ^{xix}^e siècle, qu'un danger relativement faible; on aurait donc pu, sans inconvénient notable, leur appliquer un régime libéral. A partir de la fin du ^{xix}^e siècle, au contraire, la situation change; la presse et la parole deviennent des forces effectives, elles peuvent être une

source de danger pour le gouvernement; dans ces conditions, une réglementation plus étroite semble s'imposer.

Chose curieuse, la pratique adopta une solution entièrement opposée à la solution logique que nous venons de présenter. La presse et la parole furent soumises à un régime rigoureux au ^{xvii}e et au ^{xviii}e siècles. Ce ne fut que plus tard, lorsque l'une et l'autre eurent atteint leur plein développement, qu'un régime de liberté leur fut appliqué.

Comment peut-on expliquer cet illogisme apparent ? De deux façons à notre avis.

En premier lieu, on peut soutenir, comme l'ont fait certains juristes américains, que la protection des droits individuels n'est pas une question dépendant exclusivement du régime politique et juridique de l'Etat; elle dépendrait plutôt de la force appartenant aux titulaires des droits. Autrement dit, les droits individuels ne seraient pas protégés, ils se protégeraient eux-mêmes : une presse non organisée serait soumise à une réglementation stricte; une presse puissante pourrait atteindre un certain niveau d'indépendance; elle serait libre, sinon vis-à-vis d'elle-même, du moins vis-à-vis des pouvoirs publics.

En second lieu, et c'est à cette hypothèse qu'il faut selon nous s'arrêter, l'apparition d'un régime libéral des libertés de la presse et de la parole au ^{xix}e siècle s'explique par le triomphe, réalisé dans la plupart des pays à cette époque, du régime du droit.

II

73. Contrairement à ce qui eut lieu pour la plupart des institutions juridiques américaines, la liberté de parole et la liberté de la presse, telles qu'elles existent aux Etats-Unis, ne dérivent pas de conceptions anglaises anciennes¹. Les circonstances où le droit américain ne continue pas directement la tradition anglaise sont assez rares pour que celle-ci mérite d'être signalée.

D'autre part, la Constitution américaine ne contient, dans son texte primitif, aucune clause relative à ces deux formes de liberté. Cependant, au moment de la rédaction de son texte, certains constituants, Pinckney notamment,

1. BURDICK, *Law of the American Constitution*, § 126.

avaient proposé d'établir un article proclamant solennellement l'existence de la liberté d'opinion et de ses manifestations; mais cette suggestion n'eut aucun succès. Shermann répondit qu'elle « ne correspondait pas à une nécessité », et Hamilton, esprit positif, soutint « qu'il ne voyait aucune utilité à proclamer qu'il y avait impossibilité à accomplir certaines choses, alors que, par ailleurs, le pouvoir de faire ces choses n'existait pas. De même, il n'était pas utile de dire que la liberté de la presse ne devait pas recevoir d'atteintes, alors qu'il n'y avait pas de pouvoir capable de les imposer². »

Cependant, lorsque furent rédigés les premiers amendements à la Constitution, le premier de ceux-ci fut réservé à la liberté de parole et à celle de la presse. « Le Congrès. disait ce texte, ne pourra faire aucune loi... restreignant la liberté de la parole ou de la presse. » Plus tard, le XIV^e amendement apportait une nouvelle garantie à ces libertés. C'est cette double protection des textes constitutionnels que la Cour suprême des Etats-Unis avait en vue, lorsqu'elle déclarait : « Il est de notre devoir d'affirmer que la liberté de la parole et la liberté de la presse, qui sont protégées par le premier amendement contre toute atteinte que pourrait leur porter le Congrès, font partie des droits personnels fondamentaux et des libertés protégées, contre les atteintes qui pourraient venir des Etats particuliers, par la clause de *due process* du XIV^e amendement³. »

74. Quelle est l'étendue de la protection constitutionnelle ainsi assurée à la liberté de la parole et à celle de la presse?

Sur ce point, une évolution très marquée s'est produite dans l'Amérique moderne. Au début, ces libertés étaient considérées comme absolues : certains rédacteurs du premier amendement, et parmi eux Madison et Jefferson, estimaient que ce texte interdisait rigoureusement au Congrès de voter des lois réglementant la parole ou la presse⁴. Ce point de vue était sans doute excessif; un fait cependant demeure certain, c'est qu'à cette époque la conception

2. FARRAND, *Records of the Federal Convention*, vol. II, pp. 335-617.

3. *Gillow v. N. Y.*, 268 U. S. 652.

4. *Elliot's Debates*, vol. IV, pp. 571-573.

américaine de la liberté d'opinion était largement compréhensive. Elle correspondait à une philosophie de la vie pleine de confiance et de jeunesse. Pour les Américains de la fin du XVIII^e siècle, le but final de l'Etat était de rendre les hommes libres, de façon à ce que ceux-ci puissent développer leurs facultés. Pour eux, par conséquent, la liberté était à la fois un but et un moyen; son importance était primordiale: elle pouvait être considérée comme la base même de l'organisation politique. Le gouvernement démocratique américain était fondé sur la délibération; or, celle-ci, sans la liberté de parole, eût été stérile. Et si l'on avait objecté qu'une liberté sans limites pouvait conduire à des abus, les anciens républicains auraient répondu que la liberté portait en elle-même le remède à ce mal. Confiants dans la valeur de l'esprit humain, ils admettaient que la libre circulation des idées permettait aux citoyens de les examiner toutes et de faire un choix judicieux. Comme le dit le juge Brandeis⁵ : « Ceux qui créèrent notre indépendance... croyaient que la discussion constituait une protection parfaite contre les doctrines dangereuses, que le plus grand danger qui pût arriver... résultait de l'inertie du peuple, que les débats publics étaient un devoir politique et qu'ils constituaient l'un des principes fondamentaux du gouvernement américain, qu'enfin... la sécurité résidait dans la possibilité de discuter librement des griefs supposés et des remèdes proposés. »

Cette attitude ne manquait pas de noblesse : elle supposait du courage et surtout une grande confiance dans les principes et dans la valeur du raisonnement populaire.

Etait-il possible de la maintenir en pratique? Cela semblait difficile. Les citoyens à qui on laissait pleine et entière liberté n'étaient pas des êtres raisonnables et pondérés; c'étaient des hommes. Leur raison souvent était faible, leurs passions vives. Il convenait donc de se montrer prudent et de donner au premier amendement une interprétation restrictive. C'est ce qui fut fait avec l'approbation des Cours constitutionnelles. Dans *Frohwerk v. U. S.*⁶ notamment, la Cour suprême des Etats-Unis admit que « le pre-

5. *Whitney v. California*, 274 U. S. 357.

6. 249 U. S. 204 (206).

mier amendement, bien qu'il prohibât toute législation portant atteinte à la liberté de parole, ne devait pas avoir pour effet de permettre tout usage de langage possible... La Cour penche à croire, était-il dit encore, que ni Hamilton, ni Madison, ni aucun autre homme compétent de cette époque,... n'aurait consenti à ce qu'une loi du Congrès, qualifiant de délit le fait d'inciter au meurtre, pût constituer une atteinte illégale à la liberté de parole. » Celle-ci devait donc subir certaines limites; la Cour suprême fédérale le déclarait formellement⁷ : « Il est aujourd'hui reconnu... disait-elle, que la liberté de parole, garantie par la Constitution, ne confère pas le droit de parler librement, sans responsabilité aucune... Aucun texte... ne peut donner l'immunité pour tout usage possible de langage. Il est impossible de ne pas punir ceux qui abusent de cette liberté. Un Etat peut donc, dans l'exercice de son *police power*, frapper d'une peine ceux qui profèrent des discours contraires au bien public ou capables d'exciter les gens aux crimes, troublant la paix publique et mettant en danger les bases du gouvernement.⁸ »

Des applications très nombreuses furent données à cette conception relative et modérée de la liberté d'opinion. Ainsi, la Cour suprême fédérale admit la possibilité, pour un Etat, de faire saisir des publications encourageant les citoyens à violer certaines lois pénales⁹; elle admit également que la même mesure pouvait être prise à l'égard de tracts conseillant de refuser le devoir militaire en cas de guerre¹⁰. Enfin, elle permit surtout aux Etats de voter des lois, dérogeant au principe général du 1^{er} amendement, lorsqu'il s'agissait de lutter contre la propagande anarchiste ou même communiste¹¹.

Certainement, toutes ces dérogations étaient légitimes. L'Etat a non seulement le droit, mais il a le devoir, d'assurer sa défense contre certaines entreprises individuelles. Il a pour rôle de garantir aux citoyens la stabilité et la paix; il ne peut faillir à cette mission. Cependant, il ne doit pas

7. *Whitney v. California*, l. c.

8. Cf. dans le même sens : *Gillow v. N. Y.*, l. c. et une longue suite d'arrêts en ce sens cités à la page 630 au début de la deuxième colonne.

9. *Fox v. Ohio*, 5 How. (U. S.) 410.

10. *Gilbert case*, 254 U. S. 325.

11. Cf. notamment : *Gillow v. N. Y.*, l. c. et *Whitney v. California*, l. c.

exercer un pouvoir tyrannique. Il faut donc qu'il réalise, entre ces deux tendances extrêmes, un équilibre. Nous retrouvons ici encore le problème juridique fondamental du droit américain, l'établissement d'une conciliation raisonnable entre le *due process* et le *police power*.

Sur le point particulier que nous étudions (la réglementation des libertés de la parole et de la presse), il convenait de réaliser cet équilibre d'une façon stable; c'est-à-dire qu'il fallait chercher et trouver un critérium permettant de déterminer en cette matière quels devaient être les domaines d'action du *due process* et du *police power*.

Cette œuvre incombait au pouvoir judiciaire; il y réussit. En 1919 notamment, dans *Schenck v. U. S.*¹², la Cour suprême des Etats-Unis arrivait à établir un critérium satisfaisant : « La question, disait-elle (celle de l'étendue légitime de la liberté de parole), revient à savoir si les paroles qui ont été prononcées sont de nature à créer un danger certain et immédiat et à entraîner un péril réel que le Congrès a le droit de conjurer. » La liberté de parole cesse donc d'être légitime le jour où elle est une source de danger pour l'Etat. Le principe ainsi établi était bon. Il répondait assez exactement aux exigences pratiques de la situation. Les auteurs américains du moins s'accordent à le reconnaître¹³; la jurisprudence ultérieure s'y est tenue¹⁴.

Il contenait cependant une certaine imprécision : les Cours américaines, en effet, n'ont jamais déterminé exactement les règles permettant d'établir les circonstances dans lesquelles un danger pouvait justifier certaines atteintes portées aux libertés d'opinion. Cette imprécision ne doit pas surprendre; nous l'avons déjà constatée en trop de circonstances pour cela. Les juges américains reconnaissent qu'elle existe¹⁵; elle est leur œuvre; son but est d'assurer une certaine liberté d'action au pouvoir judiciaire.

Cependant l'examen des décisions particulières permet en cette matière d'arriver à plus de précision; notamment, trois règles accessoires peuvent être établies :

12. 249 U. S. 47.

13. Cf. notamment CHAFEE, *l. c.*, p. 51.

14. Cf. *Whitney v. California*, *l. c.*; *Gitlow v. N. Y.*, *l. c.*; *Schaefer v. U. S.*, 251 U. S. 466. Cependant, *contra* : *Abrams v. U. S.*, 250 U. S. 616.

15. *Whitney v. California*, *l. c.*

1° En premier lieu, le danger dont il est question doit être exceptionnel. Les Américains estiment que les restrictions apportées aux libertés de la parole et de la presse constituent une mesure si grave qu'il serait inadmissible qu'elles intervinssent pour prévenir un mal inévitable. Gens pratiques, ils savent fort bien que toute réalisation humaine est imparfaite, que notamment toute organisation politique suppose l'existence d'imperfections; celles-ci existent pour ainsi dire à l'état chronique et ne suffisent pas à justifier une suspension ou une diminution des libertés individuelles fondamentales.

2° Ce danger doit être sérieux aussi. Pour que les particuliers consentent à un sacrifice important sur leurs droits, la situation que ce sacrifice a pour but de réformer doit être grave; c'est là une question de justice.

3° Enfin le danger doit être imminent. S'il n'en était pas ainsi, les Américains,* gens optimistes, estiment que la liberté de la parole, au lieu de constituer un danger, pourrait fournir un remède au mal. En effet, si les circonstances permettaient d'exposer dans une discussion complète les opinions en présence, la vérité sortirait du débat. Comme le disait le juge Brandeis : « Pour prévenir un danger, le meilleur remède qui soit est de respecter la liberté de parole et non d'imposer le silence¹⁶. »

Il résulte de ce qui précède que l'*emergency* joue ici un rôle considérable. La Cour suprême fédérale l'affirmait lorsqu'elle disait : « Il est toujours possible aux Américains d'arrêter une loi portant atteinte à la liberté de parole en démontrant que l'*emergency* ne peut pas la justifier¹⁷. »

Pour déterminer si les faits répondent aux exigences contenues dans ces trois règles, il faut faire preuve d'un sens d'observation très averti. Au fond, il s'agit là d'une tâche qui n'est pas exclusivement juridique; elle est pratique aussi et correspond à une véritable œuvre de gouvernement.

75. C'est dans ces conditions que, souvent, les juristes américains, et parmi eux certains juges eux-mêmes, se sont

16. *Whitney v. California*, l. c.

17. *Whitney v. California*, l. c.

demandé si, pour déterminer l'existence d'un danger, il ne serait pas bon de faire confiance, dans une mesure très large, aux gouvernements d'Etat; mais, dans leur ensemble, les Cours de justice américaines ont fortement réagi contre cette conception. Sans doute, elles admettent qu'en présence d'un danger urgent le gouvernement ait le droit d'agir immédiatement; il peut donc prendre les mesures qu'exige la situation. Mais celles-ci doivent être soumises au contrôle du judiciaire; à maintes reprises des lois d'Etat restreignant la liberté individuelle ont été déclarées inconstitutionnelles parce que l'état de danger qu'elles avaient pour but de prévenir ne présentait pas un caractère suffisamment accusé. La seule concession qu'aient faite les Cours en cette matière, c'est d'adopter une interprétation indulgente de la loi. C'est, du moins, la règle proclamée dans *Mugler v. Kansas*¹⁸ : « Toute présomption, y est-il dit, doit être interprétée en faveur de la validité de la loi. Toute situation doit être considérée à la lumière du principe qui proclame l'Etat juge des réglementations requises dans l'intérêt de la sécurité et du bien-être public. En somme, les lois peuvent être déclarées inconstitutionnelles, seulement lorsqu'elles comportent des atteintes arbitraires et déraisonnables portées à l'autorité dont l'Etat est revêtu dans l'intérêt public. »

76. La liberté de parole et avec elle la liberté de la presse, pleines et entières dans les débuts de l'histoire constitutionnelle américaine, regurent, nous l'avons vu, de nombreuses limitations au cours du XIX^e siècle.

Ces limitations furent le produit d'une évolution lente et dans son ensemble continue. Cependant, ce fut surtout à certaines périodes de crise que leur nécessité apparut. C'est dans de semblables circonstances que les gouvernements durent prévoir des mesures exceptionnelles et que celles-ci furent acceptées sans trop de protestations par la population. Au contraire, dans l'intervalle de ces périodes exceptionnelles, les progrès accomplis dans le sens d'une restriction à la liberté d'opinion furent de peu d'importance; alors, on s'occupe surtout à consolider les résultats antérieurement acquis.

18. 123 U. S. 623.

Les périodes de crise qui servirent de prétexte à une diminution de l'étendue de la liberté d'opinion sont au nombre de deux principales. Ce fut, en premier lieu, la période dite des *Sedition laws*; puis celle de la période de la Grande Guerre.

III

77. A) Les *Sedition laws* ou lois sur les étrangers et sur les séditions correspondent à l'une des époques les plus troublées de l'histoire américaine. Des discussions passionnées, parfois même suivies d'insurrections, eurent lieu, à ce moment, à propos de questions relevant de la politique intérieure comme à propos de la politique extérieure¹⁹.

A l'intérieur du pays, Hamilton proposa que le gouvernement fédéral instituât un régime d'imposition indirecte. Ses intentions étaient d'ordre purement économique; cependant, l'opposition transforma cette réforme en une question politique; sur ce terrain la proposition fut repoussée. Hamilton proposa alors d'établir un nouvel impôt sur les spiritueux; il triompha cette fois-ci, mais dans le pays l'irritation fut extrême; une véritable insurrection éclata dans l'ouest de la Pennsylvanie, ce fut la *Rébellion du Whisky*.

En ce qui concerne les relations extérieures, des courants opposés se dessinaient dans l'opinion américaine. La Révolution française était alors l'événement dominant dans le monde. La plupart des Américains éprouvaient une sympathie spontanée pour les idées proclamées par la Révolution; ils avaient aussi à l'égard des Français un sentiment de reconnaissance depuis la guerre d'Indépendance. En revanche cependant, quelques-uns d'entre eux ne comprenaient pas et ne pouvaient admettre certains excès commis par la Convention. Les partis politiques se répartirent selon ces deux tendances: les fédéralistes devinrent de moins en moins favorables à la France; leurs adversaires, au contraire (le futur parti républicain), excusaient les excès commis par la Révolution et ils reprochaient aux fédéralistes de nourrir des sentiments monarchiques parce qu'ils approuvaient la déclaration de guerre de l'Angleterre monarchiste à la France républicaine. Tout

19. Cf. BUTLER, *Les Etats-Unis d'Amérique*, 1925, p. 130 et sq.

ceci surexcitait fort les esprits. L'agitation devint générale et violente; elle s'accrut encore à la suite des imprudences et des intrigues commises en Amérique par notre ministre plénipotentiaire, le citoyen Genêt.

C'est dans ces circonstances que fut voté, en 1798, la loi de Sédition qui devait contribuer à entraîner la chute du parti fédéraliste²⁰.

La première section de ce texte faisait un crime du fait de s'opposer aux mesures légalement prescrites par le gouvernement, ou du fait d'empêcher un fonctionnaire d'accomplir son devoir. Il n'y avait là rien qui fût contraire à la liberté d'opinion.

Au contraire, la section II de la loi interdisait, sous peine de graves sanctions, « d'écrire, d'imprimer ou de publier tout texte erroné, scandaleux ou mal intentionné à l'égard du gouvernement des Etats-Unis ou bien à l'égard du Congrès ou du président, avec l'intention de calomnier le gouvernement, la Chambre ou le dit président, ou d'attirer sur eux du mépris, ou d'exciter contre eux la haine du bon peuple des Etats-Unis ». Il était interdit aussi d'écrire, d'imprimer ou de publier tout texte ayant pour but de provoquer la révolte dans le pays ou incitant à constituer des associations illégales dans le but de s'opposer aux lois des Etats-Unis ou à tout acte du président fait en application de ces lois ». Il était interdit enfin « d'écrire, d'imprimer ou de publier tout texte ayant pour objet d'aider, d'encourager ou de stimuler les entreprises hostiles d'une nation étrangère²¹, dirigées contre les Etats-Unis, la nation ou le gouvernement ».

Ce texte contenait une double prohibition :

En premier lieu, dans sa fin, il interdisait de favoriser les manœuvres d'un gouvernement étranger. Ceci n'a que peu d'intérêt pour la question qui nous occupe. Cette prohibition en effet n'est pas une innovation. Elle a existé de tous temps et, notamment, elle se trouve dans le vieux *common law* anglais.

Le début du texte, au contraire, présente un intérêt et beaucoup plus grand. Il contient certainement, et pour la

20. Act of July 14-1798; 1 Stat. 596.

21. Il faut voir, croyons-nous, dans ce passage de la loi une allusion faite au rôle du ministre français Genêt.

première fois depuis le vote de la Constitution, une atteinte sérieuse au principe du premier amendement.

Comment la *Sedition law* fut-elle accueillie ? Dans les milieux politiques, les anti-fédéralistes estimaient qu'elle était illégale et contraire à l'esprit de la Constitution. Tel était notamment, sur ce point, l'avis de Jefferson. Dans les milieux légaux, et plus précisément dans les tribunaux, l'accueil fut au contraire favorable. Sans doute la Cour suprême fédérale n'eut-elle jamais à se prononcer sur la loi ; mais dans les Cours inférieures, celle-ci fut uniformément approuvée. Cette opinion fut proclamée à différentes reprises et notamment par le juge Chase qui déclarait dans le *Cooper's case*²² : « Tout ce que j'ai lu et entendu dire sur les gouvernements me montre qu'ils punissent les auteurs de pamphlets dirigés contre eux... Si un homme tente de détruire la confiance que le peuple a dans ses gouvernants, dans la haute magistrature et dans la législature, il sape en réalité la base même de l'autorité. »

78. B) La Grande Guerre fut une seconde occasion de réduire, en Amérique, l'étendue de la liberté d'opinion. La population des Etats-Unis comportait une proportion relativement importante d'Allemands ; ceux-ci cherchaient à faire pression sur le gouvernement américain ; ils agissaient en faveur de leur ancienne patrie.

En raison de cette situation, le gouvernement dut, dès 1917, envisager certaines mesures de défense. Ce fut la première loi sur l'espionnage²³. Celle-ci à sa section III, titre 1^{er}, prévoyait que : « Serait puni d'une amende qui ne sera pas inférieure à 10.000 dollars ou d'un emprisonnement qui ne sera pas supérieur à vingt ans, ou bien encore des deux à la fois : quiconque, lorsque les Etats-Unis sont engagés dans une guerre, crée ou répand volontairement de fausses nouvelles ou des allégations inexactes dans le but, soit d'agir sur les opérations ou le succès des forces militaires, soit de provoquer le succès de l'ennemi ; quiconque provoque ou essaie de provoquer l'insubordination, la déloyauté, la mutinerie ou le refus de servir dans les

22. 1800 Whiston's State Trials 659 (670).

23. Act of June 15-1917 ; 40 Stat. 217.

forces militaires des Etats-Unis; quiconque empêche ou cherche à empêcher le recrutement ou l'enrôlement. »

Ce texte ne pouvait-il pas subir les mêmes objections que celles qui avaient été antérieurement adressées à la loi sur les séditions? Il contenait certainement des atteintes portées à la liberté absolue de la parole ou de la presse. Cependant, il convient d'observer que certaines expressions employées dans le texte diminuaient singulièrement la portée de ces atteintes. Le délit prévu par l'acte d'espionnage n'existait que si les nouvelles répandues avaient été « volontairement fausses ou inexactes », que si elles avaient eu pour but « de provoquer le succès de l'ennemi ». Dans ces conditions, on se trouvait non pas en présence d'une restriction exagérée apportée à une liberté fondamentale, mais bien en présence de la répression d'un délit particulier. Il s'agissait donc, non pas surtout de limiter abusivement les libertés de la parole et de la presse, mais de punir ceux qui s'étaient rendus coupables des crimes d'espionnage ou de trahison. Les deux choses étaient bien différentes.

La Cour suprême fédérale, eut à se prononcer à plusieurs reprises, sur cette partie de la loi d'espionnage. Toujours elle décida que celle-ci devait être approuvée. Telle fut son opinion dans *Schenck v. U. S.*²⁴, où elle eut à envisager la validité de sanctions prises contre des Américains qui avaient cherché à dissuader leurs compatriotes de s'enrôler. Dans *Sugarmann v. U. S.*²⁵, la même Cour approuvait les mesures rigoureuses prises contre ceux qui tendaient de provoquer l'insubordination ou la mutinerie dans les troupes. Enfin, dernier exemple, dans *Schaefer v. U. S.*²⁶, la Cour admettait la possibilité de punir les auteurs de fausses nouvelles rédigées dans le but de démoraliser ou de compromettre le succès de la guerre.

Mais bientôt, en présence de la gravité de la guerre et de l'ampleur des opérations militaires, le texte primitif de la loi sur l'espionnage se révéla insuffisant; il fut amendé en 1918²⁷.

Le nouveau texte portait aux libertés de parole et de

24. 249 U. S. 47.

25. 249 U. S. 182.

26. 251 U. S. 466.

27. Act of May 16-1918; 40 Stat. 219.

la presse des atteintes beaucoup plus graves que le premier.

Tout d'abord, les sanctions prévues par la loi s'appliquaient désormais à des hypothèses beaucoup plus nombreuses. Le texte de 1918 prévoyait notamment qu'il « était défendu de dire ou de faire quoi que ce fût dans l'intention d'empêcher la vente des « Bons de la victoire », sauf en cas de bonne foi... » Il était défendu également de « chercher à diminuer la production de ce qui était nécessaire à la guerre dans le but d'empêcher sa continuation. »

Les prohibitions qui avec la loi de 1917 portaient exclusivement sur les manœuvres destinées à compromettre les opérations militaires étaient, avec le texte de 1918, étendues à des agissements relevant du domaine économique.

D'autre part, le texte de 1918 comportait une atteinte, celle-ci indiscutable et profonde, aux droits individuels. Il indiquait notamment que serait puni « quiconque émettrait volontairement, imprimerait, écrirait ou publierait des idées déloyales, grossières ou simplement exagérées sur la forme du gouvernement des Etats-Unis, ou tiendrait un langage dont le but serait de tourner en ridicule, de faire mépriser ou de discréditer la forme du gouvernement des Etats-Unis ou la Constitution ».

Il y avait là une violation formelle du 1^{er} amendement. Il ne s'agissait plus seulement, comme en 1918, de la épression d'un délit, il y avait désormais une atteinte sérieuse apportée à la parole et à la liberté de la presse. Cette atteinte même présentait un caractère tout spécial de gravité; elle était en contradiction flagrante avec les principes de gouvernement en usage aux Etats-Unis. Le système constitutionnel américain est en effet démocratique. Il repose sur la délibération et nous avons vu²⁸ que l'on considère généralement la liberté de parole comme indispensable au fonctionnement normal de la délibération. Discuter de la forme du gouvernement est donc pour un citoyen non seulement un droit individuel, c'est aussi un devoir politique, une véritable fonction sociale.

Pouvait-on, dans ces conditions, considérer comme constitutionnel un texte législatif qui faisait de ce devoir une infraction sanctionnée pénalement ? La Cour suprême

28. Cf. ci-dessus § 73 et 74.

des Etats-Unis eut à trancher la question; elle déclara cette section de l'acte sur l'espionnage conforme à la Constitution, mais comme mesure transitoire seulement. L'*emergency* pouvait seule sauver la loi de l'annulation. Dans *Abrams v. U. S.*²⁹ les juges déclaraient : « Il est certain que l'acte sur l'espionnage est une mesure de guerre. Il est certain également que des paroles peuvent, en temps de guerre, être considérées comme répréhensibles alors qu'en temps de paix elles ne le seraient pas. Ceci vient de ce que ces paroles peuvent aboutir, en temps de guerre, à violer la loi, ou tout au moins à agir sur son exécution, alors que cette tendance n'existerait pas en temps de paix. Cependant, le Congrès peut seulement prohiber l'usage des paroles susceptibles d'amener des dangers substantiels qu'il a le droit de prévenir. Nous sommes d'avis qu'il est inquiétant de voir le Congrès prendre le droit d'interdire certaines paroles, seulement parce que celles-ci peuvent aboutir à tourner en ridicule la forme du gouvernement. »

Une chose encore, dans l'acte sur l'espionnage, pouvait paraître illégale : la loi, en effet, édictait dans son titre XII que les écrits envisagés ne devaient pas être transportés par la poste. Cette prohibition comportait un double aspect : en premier lieu, elle faisait un délit, pour les particuliers, du fait d'user de la poste pour l'envoi de tracts prohibés; mais aussi elle interdisait aux services postaux eux-mêmes de prendre et de distribuer ces tracts.

Une stipulation semblable paraissait nettement contraire à la Constitution; elle violait non seulement la liberté d'opinion, mais aussi la liberté du commerce. Cependant sa validité fut reconnue par les Cours américaines dans *Masses Publishing Co v. Patten*³⁰ et dans *Milwaukee Publishing Co v. Burleson*³¹.

Il convient enfin de signaler qu'il fut question d'incorporer à la loi sur l'espionnage une disposition organisant un véritable droit de censure³². D'après ce projet, le président aurait eu le droit de réglementer arbitrairement la

29. *L. c.*

30. 1917-246 Fed. 24.

31. 1921-255 U. S. 407.

32. Sur ce point, cf. *BURDICK, l. c.*, § 129.

publication des nouvelles concernant « les opérations militaires ou la défense publique ». Tout particulier qui aurait contrevenu aux dispositions ainsi prises par le président se serait rendu coupable d'un délit et aurait pu être traduit devant la juridiction pénale. Ce projet fut repoussé. S'il avait été adopté, les Cours constitutionnelles n'auraient sans doute pas admis sa légalité; la censure représente en effet une violation flagrante de la liberté d'opinion³³.

33. La Cour Suprême des Etats-Unis, bien entendu, n'a pas eu à s'occuper de cette proposition d'établissement de la censure qui ne fut qu'un simple projet de loi; cependant, dans *Mutual Film Corporation v. Industrial Commission of Ohio* (1915-236 U. S. 230), elle déclara constitutionnelle une loi d'Etat qui établissait une censure sur les films. A ce propos elle affirma que le 1^{er} amendement s'appliquait à la parole et à la presse, mais non aux réalisations théâtrales et aux films cinématographiques qui restaient soumis à la censure en vertu du « police power ».

CHAPITRE III

LA LIBERTE CONTRACTUELLE

I. *Introduction.* — 79. Nature de la liberté contractuelle. — 80. La conception américaine de la liberté contractuelle; idée générale.

II. *Impossibilité de concevoir la liberté contractuelle comme un principe absolu.* — 81. La jurisprudence du *Dartmouth College case* et son application aux chartes et concessions accordées par les autorités publiques; les difficultés qu'elle a suscitées en droit américain. — 82. Difficultés qui se sont posées à propos de contrats individuels.

III. *Les solutions positives du droit américain.* — 83. Généralités. — 84. Le droit des entreprises concédées. — 85. Les contrats individuels.

IV. *Conclusion.* — 86. Le principe de la liberté des contrats est aux Etats-Unis, un principe nécessairement élastique.

I

79. La liberté contractuelle ne doit pas être considérée seulement comme une liberté ordinaire; elle ne correspond pas exclusivement à une faculté précise attribuée à l'individu, telle que le droit de vote peut en fournir un exemple.

Outre cela, elle est aussi un moyen, pour l'individu, de réaliser d'autres droits. En effet, le contrat est, dans une société évoluée, l'acte juridique le plus fréquent. Presque toutes les activités humaines peuvent se traduire par des contrats : Si je veux devenir propriétaire, il faut conclure un contrat; locataire, je suis partie à un contrat de louage. Je veux fonder une famille, le mariage est un contrat. Industriel, je constitue une société; agriculteur, je prends une ferme; rentier même, je place mes économies; dans

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : BURDICK, *Law of the American Constitution*, § 187 à 198, et *The origin of the Peculiar Duties of Public Service C^o*, 9 Columbia L. R. 514 (633); MOTT, *Due Process of Law*, chap. 19; SHIRLEY, J. M., *The Dartmouth College Case*.

b) Textes judiciaires : *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheaton (U. S. 1819) 518; *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 11 Peters (U. S. 1837)) 420; *Tomlinson v. Jessup*, 15 Wallace (1873) 454; *Fertilizing C^o v. Hyde Park*, 97 U. S. (1878) 659; *California v. Pacific R. R.*, 127 U. S. (1888) 1. (40); *International Bridge C^o v. N. Y.*, 254 U. S. (1920) 126.

toutes ces hypothèses, je dois souscrire à des contrats. Et l'on pourrait multiplier les exemples.

Mais ce n'est pas tout. Il résulte de ce qui précède que la liberté contractuelle tire son importance du succès que connaît la forme juridique qui l'exprime. Le contrat est donc une forme juridique; à ce titre, il peut contenir nombre de libertés et de droits individuels. Le droit de propriété, par exemple, s'affirmera par un contrat : le plus souvent, en effet, ce sera par certains titres, des actes de donation, des partages, que la preuve de ce droit sera administrée. L'existence de la liberté personnelle, l'égalité aussi, se révéleront à l'occasion de contrats : les nègres américains n'ont en effet été vraiment les égaux de leurs concitoyens blancs qu'à partir du jour où ils ont pu librement contracter avec eux. Ainsi, assurer le respect des contrats, c'est en même temps assurer le respect de tous les autres droits dont ceux-ci peuvent être la cristallisation juridique.

La liberté contractuelle, enfin, correspond à une nécessité sociale absolue. La société repose sur des échanges réguliers et confiants entre les hommes qui la composent. L'Etat, par conséquent, dont le rôle est de diriger la vie sociale, doit s'appliquer à rendre ces échanges à la fois faciles et sûrs. Pour atteindre ce but, le mieux qu'il puisse faire est de maintenir et de sauvegarder la liberté des contrats.

Il convient d'insister sur ce dernier trait, car il présente une très grande importance. Il montre à quels besoins correspond la liberté contractuelle et par conséquent quelles caractéristiques celle-ci doit présenter :

En premier lieu, les échanges humains doivent être faciles. Pour atteindre ce but, il faudra que la liberté contractuelle soit large; il faudra par conséquent que l'intervention de l'Etat soit extrêmement rare. Les particuliers devront pouvoir fixer toutes les activités normales de leur vie dans des contrats.

Mais ces échanges doivent en second lieu être sûrs. La société, en effet, pour subsister, a besoin de stabilité. La liberté contractuelle doit alors prendre une forme qui puisse favoriser cette stabilité.

Pour cela, il faut que, lorsqu'un contrat a été conclu,

les obligations qui en découlent soient respectées; il faut que les parties ayant adhéré à l'acte acceptent les charges que celui-ci comporte aussi bien que les avantages qu'ils en peuvent tirer. En d'autres termes, pour donner pleine valeur à la liberté contractuelle, il faut sanctionner l'obligation contenue dans le contrat.

80. Le droit américain a su tenir compte de cette double nécessité. A plusieurs reprises, les Cours ont proclamé le droit pour l'individu de contracter librement. Ainsi, dans *Coppage v. Kansas*¹, le juge Pitney, parlant au nom de la Cour suprême des Etats-Unis, déclarait : « Le droit de passer des contrats (en vue de devenir propriétaire) a un rapport étroit avec la liberté personnelle et le droit de propriété lui-même. Ce droit ne doit pas être violé; il ne doit pas non plus recevoir d'atteintes arbitraires de la part des pouvoirs publics. S'il en était autrement, on se trouverait en présence d'une véritable violation de la liberté... » D'autre part, la force obligatoire des contrats a été fortement soulignée par les textes constitutionnels. La section X, article 1^{er} de la Constitution fédérale, en proclame l'intangibilité de principe lorsqu'elle « interdit aux Etats d'affaiblir par une loi la force des contrats ».

En résumé, le droit américain admet que les individus ont un droit reconnu à conclure tels contrats qu'ils jugeront utiles. De plus, ce droit présente une force particulière. Les obligations qui découlent du contrat doivent être respectées par les parties; elles doivent également être respectées par les pouvoirs publics. C'est, en droit américain, le devoir des Etats d'admettre l'inviolabilité des contrats régulièrement conclus.

II

81. A) Cependant, ce principe, simple au fond et naturel, allait soulever des difficultés d'application pratique. Notamment, de longues discussions allaient s'élever à propos d'une catégorie spéciale de contrats, celle des contrats de concession. Dès 1819, la Cour suprême des Etats-Unis se prononçait nettement dans le sens de l'application, à cette catégorie de contrats, des principes de la section 10

1. 236 U. S. 1.

article 1^{er}, de la Constitution. Elle le fit dans le cas fameux du collège de *Dartmouth*². Ce collège, occasion du litige, avait reçu du roi d'Angleterre George III une charte, lui accordant des droits, lui imposant des devoirs. Longtemps après, alors que la révolution avait chassé les Anglais et changé les principes mêmes du gouvernement, l'Etat du New-Hampshire fit voter une loi qui modifiait notablement la charte jadis octroyée. Le collège protesta; il déféra la loi aux tribunaux, demandant à ceux-ci de la déclarer inconstitutionnelle. Il soutenait que la charte dont il bénéficiait était un contrat. Comme tel, elle était protégée par la clause des contrats et l'Etat ne pouvait pas, par une loi, en modifier les dispositions.

Cette charte était-elle véritablement un contrat ? La Cour suprême des Etats-Unis, saisie du débat, devait l'affirmer. Son président déclara : « Elle est strictement un contrat; les donateurs, les administrateurs et la Couronne (aux droits et obligations de laquelle succède l'Etat du New-Hampshire) en étaient les parties originaires. C'est un contrat commutatif, un contrat qui a eu pour effet de transférer la propriété réelle et personnelle à la corporation. C'est bien alors un contrat selon la lettre et selon l'esprit de la Constitution, avec cette circonstance particulière que la propriété des biens est attribuée... aux administrateurs dans un but de propagande religieuse et d'éducation. »

Cette argumentation imposait la déclaration de l'inconstitutionnalité de la loi du New-Hampshire : La charte examinée était un contrat; elle était par conséquent protégée par la clause de la section X, article 1^{er}, de la Constitution fédérale et les atteintes législatives qui lui étaient portées ne devaient pas être tolérées. Ce fut la thèse de la Cour suprême.

Cependant, les conséquences de l'arrêt étaient graves.

a) En pratique, elles pouvaient aboutir à consolider de véritables privilèges. En 1819, époque à laquelle est rendu l'arrêt *Dartmouth*, les entreprises qui jouissent d'une charte ou d'une concession sont relativement rares. Il n'y a guère que des institutions à but religieux ou pédago-

2. *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. (U. S.) 518; cf. aussi : *Am. L. R.*, vol. VIII (j. 1874), p. 189, 239; *BURDICK, l. c.*, § 187; *MOTT, l. c.*, chap. XIX.

gique; bien peu nombreuses sont les entreprises concessionnaires dont le but est intéressé : c'est à peine si l'on trouve quelques sociétés pour la construction et l'exploitation de ponts; bref, dans l'ensemble, peu de choses. Vers la fin du xix^e siècle, puis au xx^e, au contraire, la situation change du tout au tout : Les entreprises de transport, notamment les chemins de fer, apparaissent; à l'éclairage individuel ancien se substitue l'usage de l'électricité; l'eau désormais se distribue dans toutes les maisons urbaines. Pour satisfaire ces besoins nouveaux on accorde à certaines sociétés des concessions, on leur garantit des droits. Le droit spécial des entreprises d'utilité publique se développe. Dès lors, on peut se demander si l'application stricte de la jurisprudence du *Dartmouth College case* est compatible avec cette évolution. En 1837 déjà, les concessionnaires d'un pont s'adressaient à la Cour suprême des Etats-Unis pour faire annuler une loi du Massachusetts qui accordait à une société concurrente le droit de construire un second pont sur la même rivière³. Si l'on n'y avait point mis d'obstacle, en 1910 les propriétaires de sociétés gazières auraient pu faire annuler les droits accordés par les Etats aux compagnies d'électricité; en 1920, les compagnies de chemins de fer et les services automobiles reconnus auraient pu s'opposer à l'établissement de lignes de navigation aérienne. Ainsi interprétée, la clause des contrats n'aurait plus été seulement l'instrument de stabilité qu'elle devait être; elle eût été un instrument de stagnation sociale.

b) Sur le terrain des principes, d'autre part, l'application donnée à la clause des contrats par le cas *Dartmouth* aboutissait, comme le dit le professeur Mott, à opposer cette clause « aux principes de justice inhérente et de droit naturel⁴ ». C'était aboutir à une contradiction flagrante. Le *due process*, en effet, comprend les notions de justice inhérente et de droit naturel, or il a aussi pour élément *l'impairing obligation of contract*. Opposer, par conséquent, les droits naturels à la clause des contrats, ou vice versa, c'est opposer entre eux deux éléments d'une même chose; c'est donc opposer presque cette chose à elle-même.

3. *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 11 Peters (U. S. 1837) 420.

4. MOTT, l. c., p. 361.

82. Mais les difficultés d'application apparaissent non seulement à propos des contrats de concessions, mais à d'autres occasions aussi; lorsqu'il s'agit, par exemple, de contrats purement individuels.

a) En matière de législation du travail notamment, l'embauchage est un contrat. Il doit, par conséquent, être conclu en toute liberté par les parties. L'Etat doit intervenir le moins possible... Et cependant, sur le terrain des faits, l'ouvrier est faible; il lui faut travailler pour vivre, il sera donc forcé parfois d'accepter sans pouvoir les discuter les conditions qui lui seront faites. Pour employer une expression du droit public français, l'ouvrier qui cherche du travail n'est pas dans une situation purement contractuelle, il est dans une situation statutaire. Lorsqu'il s'adresse à une société puissante, il ne peut s'agir pour lui d'obtenir des conditions d'embauchage spéciales, sur mesure pourrait-on dire; il doit se plier à la règle générale et accepter les conditions qui sont celles des ouvriers déjà occupés.

b) En ce qui concerne le commerce, mêmes difficultés. L'achat le plus modeste fait l'objet d'un contrat. L'Etat devrait donc ne pas intervenir. Et cependant, les vendeurs sont parfois puissamment organisés. Souvent ils se groupent et s'entendent pour maintenir les prix à un niveau excessif. Faut-il donc laisser opprimer le consommateur isolé? Semblable abstention aboutirait à des résultats peu équitables, le consommateur serait exploité comme l'était l'ouvrier dans l'exemple précédent.

Serait-ce donc là le résultat voulu par les rédacteurs de la Constitution et de la clause des contrats? Il paraît difficile de le soutenir.

III

83. C'est pourquoi le droit américain s'est acheminé vers une conception souple de la liberté contractuelle. Il sut apporter au principe théorique les atténuations nécessaires⁵. La première de ces atténuations est d'ordre général; elle intéresse tous les contrats. La jurisprudence américaine décide en effet qu'un changement apporté dans les recours judiciaires ouverts aux parties pour faire respec-

5. Cf. *Lochner v. People*, 198 U. S. 628; *Knoxville Iron Co v. Harbison*, 183 U. S. 13; *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 11.

ter leurs droits contractuels ne pouvait pas constituer une violation du droit des contrats⁶.

Mais les atténuations apportées au principe de la liberté contractuelle furent sensibles surtout sur deux points particuliers, sur ceux-là même où les difficultés signalées au paragraphe précédent avaient surgi. Il s'agit du droit des entreprises concédées et de certains contrats passés entre particuliers.

84. En ce qui concerne les entreprises concédées, l'application de la clause des contrats ne pouvait pas être absolue. Les conséquences auraient été trop graves. Aussi les Cours américaines durent-elles élaborer tout un système de restrictions permettant d'apporter aux principes quelques adoucissements.

a) En premier lieu, deux catégories de concessions n'ont jamais été considérées comme des contrats. A ce titre, par conséquent, elles n'ont pu bénéficier de la protection constitutionnelle.

Ce sont d'abord : les concessions de chartes faites par l'Etat aux municipalités⁷. Ce système de concessions peut paraître surprenant à des Européens. Dans nos pays, en effet, l'évolution politique est achevée depuis très longtemps déjà; dès le moyen-âge, nombre de villes y ont réclamé et obtenu leurs franchises; pour ce qui est de leur fondation, celle-ci se perd dans les débuts de l'histoire. Aux Etats-Unis, pays relativement neuf, on trouve encore au ^{xx}e siècle de semblables concessions. Le dépouillement des arrêts de la Cour suprême fédérale a pu nous en fournir quelques exemples. C'est ainsi qu'en 1907⁸ dans *Hunter v. Pittsburg*, la Cour déclarait que la concession d'une charte municipale faite par l'Etat à une ville ne pouvait pas être considérée comme un contrat; c'était en réalité pour elle une simple délégation des pouvoirs gouvernementaux que l'Etat pouvait, s'il le voulait, refuser de donner. A une époque plus récente, en 1919, la Cour confirmait cette jurisprudence dans *Pawhuska v. Pawhuska Oil Co*⁹.

6. Cf BURDICK, *l. c.*, sec. 185; *Sturgis v. Crowninshield*, 4 Wheaton (1819) 122.

7. BURDICK, *l. c.*, sec. 188, 1^o.

8. 207 U. S. (1907) 161.

9. 250 U. S. (1919) 393.

Le droit américain considère également que la nomination faite par l'Etat à un emploi ne peut pas être considérée comme un contrat¹⁰. Ce principe, qui est aussi celui de notre droit administratif le plus récent, a été proclamé en Amérique dès 1840. On le trouve exposé dans le cas *Buller v. Pennsylvania*¹¹.

Cependant ces deux limitations portaient sur des points de détail seulement. Ce n'est pas couramment en effet que l'Etat doit accorder une charte à une municipalité. D'autre part, si la nomination des fonctionnaires et des auxiliaires de l'administration est au contraire fréquente, son fonctionnement ne soulève pas de questions très graves sur le point qui nous occupe.

b) Il en va différemment pour d'autres catégories de concessions. Quand il s'agit, en effet, d'accorder à certaines compagnies puissantes des chartes de garantie ou des monopoles, un danger véritable peut apparaître¹². Le problème s'est souvent posé en pratique : tantôt, il s'est agi d'un Etat qui avait concédé à une société privée le droit de construire et d'exploiter un pont¹³, un chemin de fer¹⁴; tantôt encore on se trouvait en présence d'Etats, ou plus souvent de municipalités qui abandonnaient à des particuliers leur droit de lever des taxes¹⁵ et se privaient ainsi de ressources utiles à leur budget. Il importait donc de mettre une limite à ces abus.

Sans doute les Constitutions de certains Etats se montraient prévoyantes. Elles interdisaient aux pouvoirs publics d'accorder des monopoles ou des privilèges exclusifs¹⁶. Malheureusement, toutes ne faisaient pas preuve d'autant de sagesse. Dans la plupart des Etats, de semblables concessions étaient reconnues constitutionnelles, lorsque du moins elles avaient pour prétexte l'intérêt général.

10. BURDICK, *l. c.*, sec. 188, 2°.

11. 10 How. (1850) 402.

12. Cf. sur ce point : BURDICK, *The origin of the peculiar duties of public service Co.*, 9 Col. L. R. 514, notamment p. 633; cf. aussi : COOLEY, *Const. Limitations*, 7° édit., p. 401.

13. Cf. : *Ch. River Bridge v. Warren*, *l. c.*; *West River Bridge Co v. Dix*, 6 How (1848) 507; *The Binghampton Bridge*, 3 Wall. (1865) 51.

14. Cf. : *Wabash, St-Louis a. Pacific Ry Co v. Illinois*, 118 U. S. 557; *Chicago B. a. 2 R. Co v. Mc Guire*, 219 U. S. 549.

15. BURDICK, *l. c.*, sec. 195.

16. *L. c.*, sec. 189 et 9 Col. L. R. 633.

Il était donc de toute nécessité que la jurisprudence intervînt. Elle le fit et détermina trois règles pour l'interprétation de la clause des contrats appliquée au droit des concessions.

1^o Les Cours américaines décident, qu'en cas de doute, l'interprétation à donner à un contrat de concession doit toujours être favorable au public¹⁷. Ce principe fut affirmé pour la première fois à la Cour suprême fédérale en 1837, par le président Taney : « On a souvent discuté, dit-il, sur le sens de l'interprétation à donner aux lois (modifiant des contrats de concessions)... Nous estimons qu'il n'y a pas là de difficultés. Dans le cas où certains privilèges ont été garantis par le public à une corporation privée, et lorsque l'intérêt public est en jeu, la règle d'interprétation à adopter est bien établie; elle l'était déjà en Angleterre; elle l'est aussi dans certains de nos tribunaux. Dans *2 Barn et Adol* (793) (*cas des propriétaires du canal Stourbridge*), il a été déclaré : « Le canal a été construit en vertu de l'autorisation donnée par un acte du parlement; c'est de cet acte que doivent découler entièrement les droits du plaignant », mais en appliquant ce principe, la Cour se montra aussi sévère qu'il était possible de l'être dans la reconnaissance à la compagnie du droit qu'elle réclamait dans les péages¹⁸ ».

Dans *Fertilizing Co v. Hyde Park*¹⁹, le juge Swayne déclarait avec plus de force encore : « En pareille hypothèse, la règle d'interprétation doit être défavorable à la compagnie. Chaque doute raisonnable doit être utilisé contre elle. Nous ne devons faire entrer dans les bénéfices de la concession que ce qui lui a été attribué en termes formels ou par une clause tacite suffisamment claire. Le concessionnaire doit prouver ses droits; le silence (du contrat) le condamne; l'ambiguïté doit lui être fatale. Cette doctrine est d'une importance vitale pour le bien public; elle a dans notre jurisprudence la valeur d'un axiome. »

2^o. Mais que se passera-t-il si cette méthode d'interprétation ne peut pas être appliquée ? Dans ce cas tout recours est-il désormais impossible pour la collectivité pu-

17. *L. c.*, sec. 192.

18. *Ch. River Bridge v. Warren*, *l. c.*

19. 97 U. S. 659.

blique qui a conclu un contrat de concession onéreux ? Non, car la jurisprudence lui reconnaît une autre ressource. Le contrat produit en faveur du concessionnaire des droits, la Cour l'admet ; mais elle déclare que ces droits, objets de propriété, pourront être soumis à l'*eminent domain*²⁰, c'est-à-dire que l'Etat pourra en priver les bénéficiaires, moyennant une compensation raisonnable. Cette faculté fut reconnue de bonne heure : En 1848, dans *West River Bridge Co v. Dix*²¹, la Cour suprême des Etats-Unis autorisait, moyennant indemnité, un Etat à retirer à une compagnie le droit exclusif de construire un pont. Autre exemple en 1896 : Dans *Long Island Water Supply Co v. Brooklyn*²², la même Cour permettait à une administration municipale de dénoncer un contrat passé avec une compagnie pour la distribution de l'eau potable.

3° Enfin, nous savons que les collectivités publiques possèdent des pouvoirs de police. La jurisprudence décide que certains de ces pouvoirs ne pourront pas être abandonnés par contrat²³.

a) Dans cet ordre d'idée, les Cours américaines ont cherché à éviter d'abord le danger le plus pressant : Certaines municipalités, certains gouvernements d'Etats se trouvaient parfois en présence de situations financières difficiles. Pour eux, alors, la tentation était grande d'aliéner à une compagnie privée certains attributs de la puissance publique. Ils recevaient en échange une somme globale forfaitaire ; ainsi une masse d'argent frais rentrait dans les caisses publiques, le péril immédiat était écarté ; mais plus tard des ressources normales se trouvaient taries et les difficultés recommençaient, cette fois-ci sans espoir. Des regrets tardifs s'exprimaient parfois.

La Cour suprême fédérale fut appelée à connaître de la validité de ces aliénations dans deux séries d'hypothèses :

Tout d'abord, en ce qui concerne l'abandon par la puissance publique de son pouvoir de fixer les tarifs des entreprises de services publics. En 1913, dans *Southern Pacific*

20. BURDICK, l. c., sec. 191.

21. 6 How. 507.

22. 166 U. S. 685.

23. Cf. : BURDICK, l. c. sec. 194 ; *Fertilizing Co v. Hyde Park*, 97 U. S. 659 ; *Butchers Union*, 111 U. S. 746 ; *Beer Co v. Massachusetts*, 97 U. S. 25.

*C^o v. Campbell*²⁴, la Cour déclarait qu'une municipalité « pouvait seulement autoriser (une compagnie) à percevoir des tarifs raisonnables; qu'elle ne pouvait donner à la compagnie un pouvoir plus grand qu'elle n'en avait elle-même normalement, enfin que cette autorisation ne devait pas être interprétée comme un abandon contractuel par l'Etat de son pouvoir de réglementer les tarifs. D'ailleurs, pour ce qui est des municipalités, l'arrêt *Puget Sound Traction C^o v. Reynolds*²⁵ rappelait en 1917 que « la municipalité n'(avait) pas le pouvoir inhérent de réglementer les tarifs, qu'elle n'(avait) donc pas le pouvoir d'abandonner leur réglementation sans recevoir une délégation d'autorité pour passer semblable contrat. Cette délégation (devait) être parfaitement claire. »

D'autre part, certains Etats allaient beaucoup plus loin encore : ils n'hésitaient pas à abandonner par contrat le droit même de lever des impôts. Les Cours américaines mirent un terme à cette dangereuse tendance. En 1853, la Cour suprême de l'Ohio déclarait dans *Pevrid Branch of the State of Ohio v. Knoop*²⁶ : « Le corps législatif... n'a pas le droit de vendre, de donner ou de négocier le pouvoir de taxation de l'Etat. Ce pouvoir, dans le monde moderne, est absolument nécessaire à l'existence continue de la société... Dans ces conditions, croire que chaque législature annuelle peut par contrat priver pour toujours l'Etat du pouvoir de taxation, c'est croire qu'elle peut détruire le gouvernement même qu'elle a pour mission de servir; c'est aussi soutenir que cette action est strictement légale. » Cette déclaration si nette fut approuvée par la suite à maintes reprises : Dans *Reclor of Christ Church v. County of Philadelphia*²⁷, dans *Tucker v. Ferguson*²⁸, dans *West Wisconsin Railroad C^o v. Board of Supervisors*²⁹, les Cours américaines eurent à connaître de cas où certains biens avaient été déclarés exempts d'impôts. Par la suite des taxes avaient été imposées, et les bénéficiaires de l'exemption vinrent se plaindre aux tribunaux. Régula-

24. 230 U. S. 537.

25. 244 U. S. 574; cf. aussi : *City of Englewood v. Denver*, 248 U. S. 294.

26. 16 How. 369 (404).

27. 24 How. 301.

28. 22 Wall. (U. S.) 527.

29. 93 U. S. 595.

lièrement, les Cours déclarèrent que l'exemption ne représentait qu'une grâce accordée par l'Etat. Elle ne constituait donc pas un contrat.

b) Puis, sous la pression des faits, les Cours américaines admirent l'extension des pouvoirs de police de l'Etat. Cette évolution eut une répercussion directe sur le droit des contrats. Elle permit d'y apporter des atteintes parfois importantes; dans la plupart des cas, les Cours américaines se montrèrent favorables à ce mouvement. Ainsi, en 1915, la Cour suprême des Etats-Unis saisit l'occasion de proclamer le caractère limité de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats : Une compagnie avait reçu de l'Etat du Missouri une concession; peu après, ce même Etat promulguait une loi qui, dans le but de permettre l'irrigation du pays obligeait la compagnie à pratiquer des ouvertures dans ses ballasts. La loi fut déférée aux tribunaux; la compagnie soutenant qu'on la privait de droits qui lui avaient été garantis par le contrat de concession. L'affaire vint devant la Cour suprême qui donna entièrement raison à l'Etat : « Le plaignant, dit-elle, invoque la clause des contrats...; mais il faut remarquer une chose. La loi que nous examinons fut promulguée par l'Etat en vertu de son pouvoir de police pour le bien général de la communauté... Or des décisions successives de cette Cour ont établi qu'aucune des dispositions de la Constitution fédérale ne pouvait avoir pour effet de détruire le pouvoir que possède l'Etat de prendre toutes réglementations raisonnables en vue d'assurer la santé, la sécurité et le bien-être général de la communauté. Ce pouvoir ne peut pas être abandonné par l'Etat; il ne peut être vendu, il est inaliénable... L'acte que nous considérons représente un exercice légitime du pouvoir de police; il ne porte pas atteinte aux droits du plaignant...³⁰ ».

Deux ans plus tard, le président Waite disait, dans *Pennsylvania Hospital v. Philadelphia*³¹ : « On ne peut plus douter désormais, en raison des nombreuses décisions rendues par la Cour suprême sur ce sujet, de l'impossibilité qu'il y a pour les Etats à se dépouiller par la voie contrac-

30. 238 U. S. 67 (76); cf. aussi : *Atlantic Coast Line v. Goldsboro*, 232 U. S. 548 (558), avec une liste de décisions de la Cour Suprême Fédérale.

31. 245 U. S. 20 (23).

tuelle de leur droit d'exercer l'autorité gouvernementale. Cela est vrai, surtout lorsqu'il s'agit d'activités qui par nature concernent tellement cette autorité que le fait de restreindre par des contrats leur libre exercice aboutirait à une véritable renonciation du pouvoir de légiférer... et empêcherait l'accomplissement des devoirs gouvernementaux essentiels... »

85. L'extension jurisprudentielle donnée à la nation américaine de pouvoir de police devait avoir un autre résultat; elle allait permettre à l'Etat d'intervenir dans les contrats passés entre individus. Cette faculté fut reconnue de façon formelle par les Cours américaines; à plusieurs reprises elles l'affirmèrent. Ainsi, dans *Manigault v. Springs*³², le juge qui rendit l'arrêt disait : « Il est une règle fermement établie à la Cour suprême (des Etats-Unis). C'est celle qui décide que la clause des contrats ne doit pas empêcher l'Etat d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés pour assurer le bien général..., même dans le cas où des contrats antérieurement passés entre certains individus pourraient en être affectés. Ce pouvoir, connu dans ses diverses formes sous le nom de *police power*, représente l'exercice du droit souverain que possède le gouvernement de protéger la vie, la santé, la morale, le confort et le bien-être général du peuple; il est supérieur à tous les droits qui découlent des contrats passés entre individus. Aussi, voit-on de façon courante des contrats parfaitement légaux lorsque les parties les concluent (c'est le cas de ceux qui ont pour objet la vente des liqueurs, l'exploitation des buvettes des distilleries, des loteries), se trouver, un jour, soumis à la violation partielle (*impairment*) du fait d'une modification intervenue dans les règlements de police des Etats...; en d'autres termes, les parties ne peuvent pas empêcher, par la conclusion de contrats, la législature de voter des lois qui ont pour objet le bien public... »

Ce principe a reçu plusieurs applications particulières, notamment en ce qui concerne : a) la fixation par l'Etat d'un taux d'intérêt légal; b) en ce qui concerne les ententes de producteurs ou de commerçants; c) enfin en ce qui concerne la réglementation des conditions du travail.

32. 199 U. S. 473.

a) L'Etat peut-il valablement fixer un taux légal d'intérêt ? Si elles s'en étaient tenues à la lettre même de la Constitution, les Cours américaines auraient dû annuler toute mesure tendant à ce but. Fixer par voie législative le taux de l'intérêt, c'est en effet violer la clause des contrats. Cependant, les juges de la Cour suprême des Etats-Unis se sont refusés, dans un souci d'équité, à laisser les débiteurs malheureux sans défense en face des usuriers. Dès 1870, ils déclaraient : « Même si la législation fixant un taux d'intérêt légal était accusée à juste titre d'affaiblir les droits contractuels, elle ne devrait cependant pas être prohibée pour cette seule raison... Les contrats passés en ce sens doivent être interprétés comme ayant été conclus dans le cadre fixé par l'autorité gouvernementale; les obligations contenues dans des contrats ne peuvent pas faire échec à l'autorité légitime du gouvernement³³... »

b) L'application rigoureuse de la clause des contrats aurait dû également aboutir à la reconnaissance par l'Etat de la validité des coalitions de producteurs ou de commerçants : Deux personnes s'entendent entre elles pour fixer le prix auquel se vendra une marchandise dont elles sont propriétaires; rien dans leur attitude ne paraît contraire aux principes constitutionnels. Et cependant, en fait, leurs tractations peuvent avoir pour résultat une véritable exploitation des particuliers. Le simple consommateur, qui ne possède pas de connaissances techniques, partant qui n'a pas de moyens de défense, doit payer, pour obtenir ce dont il a besoin, un prix de beaucoup supérieur au prix normal. En sens inverse, le producteur isolé peut devenir la proie d'intermédiaires trop habiles qui lui achèteront sa marchandise à vil prix.

L'Etat dans lequel une coalition semblable a été établie doit-il assister indifférent à ce spectacle ? Cela paraît impossible, et en réalité les divers gouvernements particuliers d'Etats ont toujours soutenu qu'ils avaient le droit d'intervenir. Après quelques hésitations, les Cours américaines ont approuvé leur prétention. A titre d'illustration, nous donnerons seulement l'exemple de quelques

33. 12 Wall. 457 (550).

arrêts pris parmi les plus marquants de ceux que rendit la Cour suprême des Etats-Unis sur cette question.

Notamment, elle déclara que la liberté contractuelle n'était pas violée par une loi du Kansas³⁴ qui, dans le but de prévenir une baisse injustifiée des denrées agricoles, obligeait quatre marchands de grains, les seuls acheteurs de blé dans une ville, à payer un prix minimum pour les trois quarts au moins de la récolte locale. La même année, la Cour approuvait une loi du Texas³⁵ retirant à toute entreprise l'autorisation d'exercer dans l'Etat, si elle participait à des ententes ayant pour but de fixer le prix du coton. Elle proclamait enfin la légalité d'une loi de l'Iowa³⁶ interdisant aux compagnies d'assurances ou à leurs agents d'entrer dans une coalition qui aurait pour but de fixer, d'accord avec les concurrents, le taux des primes et le montant des commissions à laisser aux agents.

c) Les Cours américaines ont admis enfin que la liberté contractuelle ne devait pas empêcher l'Etat de réglementer les conditions du travail³⁷. Dans ce domaine, les efforts des Etats, secondés par la jurisprudence des Cours ont porté sur deux points particuliers, la réglementation des heures de travail et la fixation d'un minimum légal de salaire.

En ce qui concerne la réglementation des heures de travail, les mesures prises par les Etats ne furent pas de suite admises par les Cours. En 1896, dans le cas *Holden v. Hardy*³⁸, la constitutionnalité d'une loi de l'Utah fut mise en cause devant la Cour suprême des Etats-Unis. Cette loi interdisait d'employer, dans les mines d'or, les femmes pendant plus de huit heures par jour. La Cour déclara qu'une mesure semblable privait les parties de leur liberté; elle aurait donc dû être déclarée nulle, cependant comme elle avait pour but de protéger la santé des femmes, elle fut, pour ce motif subsidiaire, proclamée conforme aux principes constitutionnels. En 1905, dans le cas *Lochner*³⁹,

34. *Ed. Smiley v. Kansas*, 196 U. S. 447.

35. *National Cotton Oil Co v. Texas*, 197 U. S. 115.

36. *Carrol v. Greenwich Insurance Co*, 199 U. S. 401; cf. aussi : *Waters v. Pierce Oil Co v. Texas*, 212 U. S. 86; *Grenada Lumbe Co v. Mississippi*, 217 U. S. 433; SWAYNE, 26 H. L. R. 12.

37. Cf. : *Knoxville v. Harbison*, 183 U. S. 13; *Mc Lean v. Arkansas*, 211 U. S. 539.

38. 169 U. S. 366.

39. *Lochner v. N. Y.* 198 U. S. 45.

la même Cour eut à examiner une loi interdisant de travailler plus de dix heures dans les boulangeries. Cette fois-ci la Cour prit la précaution d'écarter l'idée que la loi aurait pu avoir un but d'hygiène. Le juge Peckham déclara en effet que « le métier de boulanger n'avait jamais été considéré comme malsain ». Ceci dit, il affirma que « les lois limitant les heures durant lesquelles un homme entièrement développé et intelligent peut travailler pour vivre (sont) des interventions purement inopportunes dans le droit des individus. De semblables mesures ne seront pas sauvées de la condamnation qui doit les atteindre si l'on invoque qu'elles ont été prises dans l'exercice du *police power* et en prenant en considération la santé des individus. » En face de cette opinion formelle de la majorité, quatre juges se déclarèrent dissidents, mais ils n'élevèrent pas, à proprement parler, de protestations, ils firent simplement part de leurs hésitations. Les juges Harlan, White et Day se contentèrent en effet de dire dans une opinion commune « qu'il doit suffire à la Cour de savoir que la question est une de celles où il y a place pour discussion et pour des divergences honnêtes d'opinion. » Le juge Holmes, de son côté, déclara que s'il lui fallait prendre parti sur cette question qui dépend de théories économiques « il désirerait l'étudier encore longtemps avant de donner son avis ».

Cependant, malgré ces hésitations, un revirement très net devait se produire trois ans plus tard dans la jurisprudence de la Cour. Celle-ci déclarait, en effet, constitutionnelle une loi de l'Orégon qui interdisait d'employer plus de dix heures par jour les femmes dans les blanchisseries mécaniques. En 1917, dans le cas *Bunling v. Oregon*⁴⁰, la Cour approuvait par six voix contre trois une loi réglementant les heures de travail pour les hommes, dans des catégories d'industries qui ne présentaient aucun danger particulier pour la santé. A partir de ce moment, le principe de la limitation par l'Etat des heures de travail était admis.

Le droit, pour l'Etat, de fixer un salaire minimum fut admis de façon très nette dans le cas *Stettler v. O'Hara*⁴¹. Il s'agissait pour la Cour d'examiner la validité d'une loi

40. 243 U. S. 426.

41. 243 U. S. 629.

de l'Orégon qui obligeait les employeurs à payer à leurs ouvriers un salaire leur permettant de « mener une vie normale et de se maintenir en santé ». Le montant des salaires devait être fixé par une commission spéciale. Les termes de la loi furent approuvés.

Les Etats, pour assurer la protection des travailleurs de façon vraiment efficace, entreprirent enfin de surveiller les agences de placement et de réglementer leur activité. Mais cette action se heurtait à un principe constitutionnel, celui du respect de la liberté professionnelle. On pouvait dès lors se demander quelle allait être l'attitude des Cours sur ce point. La Cour suprême fédérale, saisie de la question dans le cas *Brazee v. Michigan*, déclara qu'une réglementation semblable était légitime en principe. Elle tint cependant à arrêter l'action des Etats lorsque ceux-ci en vinrent à interdire aux agences de placement de toucher une commission des employés pour prix de leurs services. Elle indique, en effet, dans le cas *Adams v. Tanner*⁴² que, dès l'instant qu'un métier est réglementé, il est légitime; dans ces conditions il n'est pas possible pour l'Etat « de le faire disparaître » en supprimant toute rémunération.

Les Cours constitutionnelles, d'ailleurs, tout en envisageant sous un jour favorable la législation protectrice des travailleurs, tenaient à affirmer leur droit de contrôle. C'est ce qui fut fait dans le cas *Coppage v. Kansas*⁴³. La Cour suprême fédérale eut alors à examiner la constitutionnalité d'une loi qui créait un délit nouveau : elle interdisait à un employeur de subordonner l'embauchage à l'engagement pris par les employés de ne s'affilier à aucune organisation du travail. La Cour invalida la loi par six voix contre trois car elle apportait une « restriction sans fondement à la liberté de contracter ».

IV

86. Le tableau de la liberté contractuelle américaine tel que nous venons de le présenter offre un spectacle assez remarquable, celui d'une conciliation des forces étatiques et des aspirations légitimes des individus. Ainsi se trouve vérifiée l'idée fondamentale soutenue dans cet ouvrage : les libertés américaines sont le produit d'un équilibre entre deux

42. 244 U. S. 590.

43. 236 U. S. 1.

forces antagonistes, elles sont par conséquent *des libertés tempérées*. Tel est, à notre avis, le caractère le plus marquant de la liberté contractuelle en droit américain.

Mais l'on doit pénétrer le sujet plus avant et se demander comment cet équilibre a été obtenu. Est-il le résultat d'une conception générale et raisonnée qui domine le droit américain; peut-on dire par conséquent qu'il dépende de la mentalité juridique américaine? Au contraire a-t-il pour cause la pression exercée par les faits sur les institutions juridiques initiales? C'est à la seconde solution qu'il faut s'arrêter, surtout. Dans un droit primitif, s'appliquant à une société restreinte, un principe juridique peut être absolu. A cet égard, l'idéal paraît être réalisé par les petites républiques athéniennes. Platon ne voulait point que sa république fût de trop vastes proportions. Rousseau également, esprit absolu, voyait dans la petite cité de Genève un exemple de l'idéal étatique. Mais lorsque l'on se trouve en présence d'un problème plus large, pareille rigueur ne peut plus se soutenir. Il faut alors sacrifier le caractère absolu des principes. On ne peut plus exclusivement rechercher la protection de la liberté des individus; il faut assurer la continuité dans le fonctionnement de l'organisme social. Le problème est alors un problème d'opportunisme; il faut adapter les principes aux circonstances. En Amérique, le droit a subi cette nécessité plus que partout ailleurs. Les libertés individuelles y sont tempérées parce qu'il a fallu obéir à la pression des faits. Les libertés américaines et spécialement la liberté contractuelle sont donc des *libertés de circonstances*; elles évoluent, leur forme actuelle diffère de celle d'hier; elle n'est pas encore celle de demain.

Mais ces deux caractères ne sont pas spécifiquement propres à la liberté contractuelle; ils sont le fait des autres libertés américaines également. Cependant, pour une raison particulière, ils s'appliquent, avec une exactitude parfaite, à cette liberté spéciale. La raison en est simple. Caractéristiques types des libertés américaines, la modération et l'opportunisme doivent convenir tout particulièrement à celle de ces libertés qui est la plus compréhensive, partant la plus représentative d'une mentalité. La liberté contractuelle, en effet, ne représente pas seulement un droit indi-

viduel, *elle est un moyen de réaliser d'autres droits*. Le juge Peckham le proclamait à la Cour suprême des Etats-Unis dans des termes particulièrement heureux lorsqu'il disait : « La liberté du XIV^e amendement comprend non seulement le droit, pour le citoyen, d'être exempt de toute contrainte physique sur sa personne; elle comprend aussi le droit, pour ce citoyen, d'être libre de jouir de ses facultés et d'user d'elles par tous les moyens légaux; elle comprend enfin le droit de vivre et de travailler où l'on veut, le droit de choisir toute profession qui ne soit pas contraire aux lois. Pour atteindre ce but, le citoyen pourra conclure tous les contrats qui seront utiles, nécessaires et essentiels pour mener à bonne fin la réalisation des droits précédemment énumérés. »

Ainsi, le droit de conclure des contrats est étroitement lié aux autres formes de la liberté. Dans *Coppagev. Kansas*⁴⁴, le juge Pitney, parlant au nom de la Cour, déclarait : « Le droit de contracter est compris dans le droit à la liberté personnelle et dans le droit à la propriété individuelle; il partage la nature juridique de ces deux autres droits. » La même assimilation se retrouve aussi sous la plume du juge Harlan et sous celle du juge Peckham. Quelle en est la valeur ?

Il semble qu'il soit facile d'admettre le rapprochement fait entre la liberté dont nous entreprenons présentement l'étude d'une part et la liberté physique ou personnelle de l'autre. Leur parenté découle du caractère général de la première. A ce titre, la liberté contractuelle pourrait être considérée comme l'épanouissement, dans la société moderne, de la liberté physique et personnelle.

Mais nous pouvons tirer de la deuxième assimilation faite par les juges des éléments beaucoup plus riches en conséquences. La liberté contractuelle serait un droit de propriété. Que faut-il entendre par là ? Deux choses à notre sens :

Tout d'abord que cette liberté appartient de façon absolue à ses titulaires. Ceux-ci ont sur elle un droit reconnu; ils peuvent y compter; bref, on ne saurait mieux dire que le droit américain lui-même, ils en sont propriétaires.

En second lieu, non seulement la liberté contractuelle est susceptible de propriété, mais aussi elle participe de la nature de ce dernier droit. Cette conception est audacieuse; elle peut apparaître même aux juristes français comme une sorte d'hérésie puisqu'elle conduit à l'assimilation de deux notions dont l'une représente un droit personnel, l'autre un droit réel. Par ce dernier trait, le caractère de très grande originalité du droit américain nous est révélé.

CHAPITRE IV

LA PROPRIÉTÉ

I. *Introduction.* — 87. Nature du droit de propriété : droit lié à l'évolution politique, économique et sociale de l'Etat.

II. *La conception américaine du droit de propriété.* — 88. La conception traditionnelle : caractère absolu du droit; son étendue restreinte; la propriété tangible. — 89. La conception moderne : la propriété intangible. — 90. Les limites apportées au droit de propriété : A) Dans l'intérêt général; B) Dans l'intérêt des particuliers. — 91. Conclusion.

III. *Le droit des entreprises d'utilité publique.* — 92. Notions générales. — 93. Leur origine. — 94. Recherche d'un critérium en droit américain. — 95. Conclusion.

I

87. La propriété présente des aspects extrêmement variés. Une étude à la fois historique et comparative de ce droit montre que, selon l'époque ou la législation considérée, il est susceptible de revêtir des modalités différant grandement les unes des autres.

Quelle est la raison de cette diversité? Elle réside dans la nature même du droit de propriété. Celui-ci, en effet, ne correspond pas exclusivement à une notion juridique; il est aussi un mode pratique d'organisation de la vie; il dépend des conditions morales et politiques en cours; il est un moyen d'aménager le travail et la production. A ces titres, il est étroitement lié à l'évolution politique, économique et sociale d'un milieu donné.

Ceci entraîne deux conséquences : dépendant de l'évolution générale de la société, le droit de propriété à la suite de celle-ci, est amené à subir, au cours des siècles, des transformations nécessaires. Mais comme, d'autre part, cette

BIBLIOGRAPHIE. — a) Ouvrages de doctrine : PLUMMER W. C., *Limitations to Private Property Rights in the U. S.*, Ann. Am. Academy of Politic. Soc. Science, Part. I. Real Estate Problems, mars 1930; SWAYZE, 26 Harv. L. R. p. 13. X. Tortious interference with contractual relations, 31 Harv. L. R. p. 1017; R. Powell. Collective Bargaining, 33 Polit. Sc. Quar. 397; W. W. Cook. Privileges of labor unions in the struggle for life, 27 Yale L. J. 779.

b) Textes judiciaires : *Munn v. Illinois*, 94 U. S. (1876) 113; *Camfield v. U. S.*, 167 U. S. (1896) 518; *German Alliance v. Lewis*, 233 U. S. (1914) 389; *Walls v. Midland Carb. Co*, 254 U. S. (1920) 300; *Wolf v. Pack. Co v. Court of Indust. Rel.*, 262 U. S. (1923) 522; *Tyson v. Eanion*, 273 U. S. (1927) 418; *Frost v. Corporation Commission*, 278 U. S. (1928) 515.

évolution ne se développe pas dans tous les pays selon le même rythme, le droit de propriété présente, à une époque donnée, des aspects bien différents dans les diverses législations; parmi elles, toutes ne représentent pas le même degré d'évolution.

Cette conception de l'origine et de la nature du droit de propriété peut être vérifiée par des exemples historiques, empruntés aux événements politiques, économiques et sociaux.

a) La situation politique exerce une influence indiscutable sur les formes de la propriété.

Ainsi, à l'époque féodale, le système politique trouve son reflet dans le régime foncier : le pouvoir est fondé sur la possession de la terre et, pour lui assurer force et stabilité, la propriété a dû être strictement réglementée; son transfert, notamment, a été entouré de garanties et rendu très difficile.

Sous la Révolution française, au contraire, le système politique est tout différent; comme lui, l'organisation de la propriété a reçu des transformations profondes. Ainsi que le dit Hauriou¹ : « Le citoyen envisagé par la Révolution française est évidemment le citoyen propriétaire et laboureur de la Rome antique. Il n'y a pas de terre pour tous; au moins doit-il y en avoir pour la majorité; la propriété doit être pleine et entière, donc facilement mobilisable, afin que la circulation des biens fasse un plus grand nombre d'heureux; en conséquence, on supprime les formes compliquées de la propriété féodale et lignagère. »

Enfin, pour prendre des exemples ailleurs que dans le droit français, nous rappellerons que les transformations politiques qui se sont produites après-guerre dans presque tous les Etats de l'Europe centrale ont toujours été accompagnées de réformes agraires.

b) L'évolution économique d'un pays entraîne également des modifications dans le régime de la propriété. La notion moderne de progrès économique peut en effet se ramener, dans son aspect essentiel, au progrès dans le rendement. Ce dernier suppose nécessairement une amélioration des procédés techniques, notamment un perfectionnement des

1. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 1925 p. 255.

méthodes de travail et l'usage de machines. Or, toutes ces modifications comportent une adaptation du régime de la propriété :

Dans le domaine agricole, le machinisme exige à la fois des capitaux importants et la suppression du morcellement agraire; sur ce point, par conséquent, le progrès économique entraîne la disparition de la petite propriété.

Dans le domaine industriel, la même influence se manifeste. Ici, le progrès suppose la concentration des entreprises, c'est-à-dire la concentration de la propriété. En fait, à l'époque contemporaine, les destinées industrielles d'une nation reposent sur une classe très restreinte de techniciens et de capitalistes.

Enfin, le besoin de capitaux, qui se fait sentir d'une façon si pressante, conduit, lui aussi, à une transformation de la propriété. En présence de l'insuffisance des moyens de paiement, il devient nécessaire de provoquer une accélération dans leur vitesse de circulation. Dans ce but, les biens doivent toujours présenter un état de liquidité suffisant. Cette tendance s'accuse chaque jour davantage; à l'heure actuelle, elle aboutit notamment à une véritable mobilisation de la propriété immobilière elle-même.

c) Le régime de la propriété, enfin, est lié étroitement à la situation sociale. Cette proposition est si exacte qu'il est possible de soutenir que l'essentiel du problème social réside actuellement dans la recherche d'un statut idéal de la propriété.

Le droit de propriété dépend donc, dans un pays donné, de la situation générale. Ce caractère présente une importance considérable; il révèle la nature profonde de ce droit. Désormais, on ne peut plus considérer la propriété comme un droit individuel ordinaire; elle est cela, soit; mais elle est beaucoup plus encore; elle est une véritable fonction sociale.

C'est cet aspect du droit de propriété qui explique un de ses caractères les plus remarquables. Ce droit, émanation des tendances fondamentales d'un milieu, reproduit en lui l'aspect essentiel de ces tendances; à ce titre, il est révélateur du degré d'évolution politique, économique et social atteint par un pays. Décrire la forme revêtue dans un pays par la propriété, c'est donc décrire aussi la civilisation même de ce pays.

Dans ces conditions, on comprendra quel intérêt considérable s'attache à l'étude de la propriété; celle-ci a la valeur d'un véritable critérium permettant de déterminer le degré d'évolution atteint par un milieu social donné.

A quel résultat va nous conduire une étude semblable en Amérique? c'est ce que nous allons examiner.

II

88. La conception traditionnelle de la propriété est, en Amérique, une conception classique. Elle diffère fort peu de celle qui est contenue, en droit français, dans l'article 544 du Code civil. Dans les débuts du droit américain, le terme propriété est l'équivalent du mot latin *dominium*; il exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose; il est le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne. Envisagée sous cet aspect, la propriété est un droit absolu par nature: le propriétaire peut à volonté user et jouir de sa chose; il peut en disposer matériellement, faire à son occasion tous les actes juridiques dont elle est susceptible; il peut enfin exclure les tiers de toute participation à l'exercice de ces diverses facultés. En regard de toutes prérogatives, c'est à peine si quelques restrictions sont apportées à ce droit².

Cette conception a été souvent affirmée, au cours du XIX^e siècle, par la jurisprudence américaine. Ainsi, en 1837, des juges de l'Etat de New-York indiquaient « que la jouissance de la propriété devait toujours être considérée comme sacrée et inviolable; des exceptions à ce principe pouvaient être apportées seulement en cas de nécessité urgente et lorsque la santé publique, la défense de l'Etat ou l'usage public étaient en jeu³. » Dans *Holden v. Hardy*⁴, la Cour suprême des Etats-Unis faisait sienne cette manière de voir: « La propriété, disait-elle, consiste dans le libre usage, la libre jouissance et la libre disposition de ce qu'acquiert une personne, sans qu'aucun contrôle ni aucune restriction puisse y être apportée, à moins que ce ne soit en vertu du *due process*. Les restrictions ainsi prévues et soumises au *due process* étaient peu nombreuses; ceci résulte des

2. Cf. sur ce point: AUBRY et RAU, *Droit civil*, 5^e édit., t. II, p., 255.

3. *Bloodgood v. Mohawk*, 18 Wend (N. Y. 1837) 9.

4. 169 U. S. 366.

formules mêmes employées, à ce sujet, par la Cour suprême fédérale⁵. « Il est certain, disait-elle par exemple, que le pouvoir né du droit de propriété n'est pas absolu... L'usage qui est fait de la propriété peut être contrôlé par l'Etat agissant en vertu de son *police power*. Ce contrôle peut être exercé lorsque sont en jeu la santé, l'intérêt ou le bien-être du public. Par exemple, certaines professions dangereuses peuvent être soumises à une surveillance et à une réglementation; de même, quelques utilisations de la propriété peuvent n'être permises que dans certains quartiers d'une ville en raison du petit nombre de maisons qui s'y trouvent. Ces restrictions (au droit de propriété) peuvent s'appliquer aux étables, aux usines à briques, parce que celles-ci constituent une gêne véritable pour la santé et le confort des voisins ». La justification qui était ainsi donnée, par la Cour, des atteintes portées au droit de propriété suffit à montrer que celles-ci n'étaient pas très importantes; leur validité était fonction du but poursuivi et ce but ne pouvait avoir qu'une étendue fort restreinte. Par conséquent, malgré elles, le droit de propriété demeure encore dans le cadre de la théorie classique. Au fond, les limitations apportées à l'exercice du droit de propriété résultent de l'application de l'adage ancien : *sic utere tuo ut alienum non laedas*; leur effet est limité à la prescription contenue dans cette règle.

Les textes constitutionnels d'ailleurs, et en particulier le XIV^e amendement, interdisaient toute extension exagérée des atteintes qui pouvaient être portées au droit de propriété.

Cette règle constitutionnelle fut longtemps respectée de façon rigoureuse par la Cour suprême des Etats-Unis, qui déclarait notamment : « Le pouvoir de réglementer la propriété... peut être invoqué dans certaines circonstances spéciales seulement; il y a là alors des dérogations exceptionnelles et de leur existence ne peut pas résulter la possibilité de réglementer... d'autres situations, et par extension, toutes les situations possibles⁶... »

5. *Holden v. Hardy*, l. c.

6. *Tyson v. Banton*, 273 U. S. 418; cf. aussi : *City of Corrollton v. Bazzette*, 159 Ill. 284.

89. Pour nous résumer, disons que, dans les débuts du droit américain, la propriété correspondait à un droit absolu dans son principe; les limitations qu'elle devait subir étaient exceptionnelles. Cette situation ne présentait aucun inconvénient en raison de la signification étroite qui était attachée à l'expression propriété. Au ^{xix}^e siècle, en effet, celle-ci s'appliquait seulement aux immeubles (*real estate*), aux meubles par nature (*goods*), enfin aux biens mobiliers (*chattels*); bref, en cet état du droit, seuls, les biens corporels étaient susceptibles de propriété et, pour employer l'expression du droit américain, on ne connaissait alors qu'une seule chose, la « propriété tangible ».

Mais, vers la fin du ^{xix}^e siècle, la notion de propriété subit une extension considérable. Probablement, sous la pression des faits économiques, et parce que, ce droit étant protégé constitutionnellement, on avait intérêt à glisser sous son égide bien d'autres notions voisines, la conception américaine de la propriété subit une transformation totale. Celle-ci, même, fut si considérable qu'à cette occasion le droit américain en arriva à repousser l'un des concepts juridiques les plus fondamentaux, la distinction des droits en réels et personnels. En effet, il est admis, à l'heure actuelle, qu'à côté de la « propriété tangible », une autre forme de propriété existe, celle ayant pour objet des « choses intangibles ». Cette conception nouvelle, certes, aurait paru monstrueuse à des juristes de l'époque classique; aujourd'hui encore, elle ne manque pas de provoquer chez beaucoup une surprise sérieuse, notamment chez ceux qui sont habitués à penser selon les méthodes du droit privé français.

Sans doute, en droit français, existe-t-il des exemples de « propriété intangible », telle par exemple celle portant sur les fonds de commerce, celle des brevets d'invention, ou bien encore la propriété littéraire et artistique; mais ces formes nouvelles, comparées à celles du droit américain, apparaissent encore timides. Que l'on en juge plutôt par les exemples suivants qui, tous, ont été extraits de la jurisprudence constitutionnelle américaine :

Ainsi, à plusieurs reprises, la Cour suprême fédérale déclara qu'un contrat pouvait faire l'objet d'un droit de pro-

priété⁷. Mais il y a mieux encore : en 1926, dans *Tyson v. Banton*⁸, la même Cour admettait qu'une profession, et quelle profession ! (il s'agissait en l'espèce du métier de revendeur de billets dans les théâtres), devait être considérée comme susceptible de propriété⁹. Bien plus, dans *Menendez v. Holt*¹⁰, les juges fédéraux qualifiaient de propriété la réputation dont jouissait une affaire. Autres exemples, furent encore déclarés droits de propriété : le droit pour des actionnaires d'élire leurs Conseils d'administration¹¹, le droit, pour des citoyens, d'agir en justice¹², le monopole appartenant à un concessionnaire¹³, la commande faite à un industriel¹⁴. Ce n'est pas tout ; la race elle-même, en droit américain, est une propriété. Ceci était admis déjà en 1896 ; dans *Plessy v. Ferguson*¹⁵, la Cour suprême fédérale, statuant sur une loi de Louisiane qui obligeait les compagnies de chemins de fer à prévoir des compartiments séparés pour les blancs et pour les noirs, affirmait que « le fait d'appartenir à la race blanche constituait une propriété¹⁶ ».

Le développement prodigieux ainsi donné à une notion classique appelait nécessairement des critiques. Le droit est avant tout une discipline conservatrice et positive ; il est la réglementation d'intérêts souvent importants, de situations graves ; il doit, par conséquent, se garder des improvisations hâtives et dangereuses. Aussi, l'extension considérable du droit de propriété souleva-t-elle, en Amérique même, des protestations. Nous citerons l'une d'elles, due au juge Holmes. Celui-ci, dans un *dissent* éloquent, reprochait à ses collègues de la majorité l'interprétation forcée qu'ils donnaient au terme *business*. Ces derniers, en effet, avaient soutenu que la profession devait être considérée comme une propriété. Holmes voyait là une assimilation sans fondement : « Il y a là, disait-il, une exactitude trompeuse, et une exactitude trompeuse est une source

7. Cf. notamment : *Omnia commercial C^o v. U. S.*, 261 U. S. 502.

8. *L. c.*

9. Cf. également : *Weller v. People*, 268 U. S. 319 et *Frost v. Corporation Commission*, 278 U. S. 515.

10. 128 U. S. 514.

11 et 12. Cf. SWAYZE, 26 H. L. R. p. 13.

13. Cf. *Cleveland Electric Ry. C^o v. Cleveland*, 204 U. S. 116. Cf. sur ce point : SWAYZE, *l. c.*

14. Cf. SWAYZE, *l. c.*

15. 163 U. S. 537 ; cf. aussi : *Buchanan v. Warley*, 245 U. S. 60.

16. Cf. encore : *Gitlow v. People*, 268 U. S. (1925) 652.

d'erreurs. Vous appelez une profession propriété; ainsi, vous la rendez semblable à de la terre, et vous aboutissez à cette conclusion, qu'une loi ne peut pas réduire les avantages résultant de la propriété. Sans doute, une profession a une valeur pécuniaire et, d'une façon générale, elle est protégée par la loi contre toutes atteintes injustifiées; cependant, vous ne pouvez pas lui donner une parfaite précision de contours en en faisant une chose matérielle¹⁷. »

Cependant, malgré leur raison d'être, ces protestations demeurèrent sans effet; elles ne parvinrent pas à arrêter, ni même à modérer de façon appréciable, l'extension de la notion de propriété. Celle-ci s'enrichit sans cesse; à chaque instant des décisions judiciaires viennent consacrer de nouvelles extensions de ce droit, qui tend ainsi à devenir un complexe, réunissant en lui nombre de notions annexes.

Une évolution aussi marquée ne pouvait pas se produire sans entraîner avec elle des modifications dans le statut juridique du droit de propriété. Lorsque ce droit n'avait encore qu'une étendue limitée, il pouvait présenter un caractère absolu. Mais au contraire, lorsqu'il eut atteint le développement prodigieux qui vient d'être décrit, une réglementation plus stricte s'imposa; il fallut apporter au droit de propriété certaines restrictions.

90. Celles-ci furent parfois très importantes. On peut les classer en deux catégories.

A) Celles qui ont pour but l'intérêt général.

B) Celles qui visent à assurer la protection des particuliers.

A) En ce qui concerne les restrictions apportées au droit de propriété dans l'intérêt général, celles-ci sont de trois sortes :

a) Certaines d'entre elles sont justifiées par l'exercice du pouvoir de police des Etats. Ce pouvoir permet aux gouvernements particuliers de faire subir à la propriété certaines atteintes, dans le but de protéger la santé, la sécurité et le bien-être des citoyens. Cette possibilité a été fréquemment utilisée en pratique et, presque toujours,

17. *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. 312.

les juges ont approuvé les initiatives ainsi prises par les Etats. Nous en donnerons quelques exemples : ainsi, les Cours américaines ont admis, dans presque tous les cas, la constitutionnalité des *fire ordinance*, c'est-à-dire des ordonnances édictées par les municipalités dans le but de prévenir les incendies. Or, certaines d'entre elles comportent de véritables atteintes au droit de propriété. Telles sont celles qui obligent les propriétaires à prévoir à l'extérieur des immeubles des escaliers métalliques pour l'évacuation des locaux¹⁸, ou celles qui obligent les entrepreneurs à construire tous les immeubles neufs en matériaux ininflammables imposés par un fonctionnaire spécial, le *fire marshall*¹⁹. Dans le même ordre d'idées, les Cours admettent, qu'un Etat a le droit de faire sauter à la dynamite, pour prévenir l'extension d'un incendie, un immeuble dont la construction n'avait pas coûté moins de 10.000.000 de dollars²⁰. Toujours en ce qui concerne le maintien de la sécurité, il est établi aujourd'hui qu'un Etat peut forcer une compagnie de chemins de fer à enclore sa propriété et à prévoir une surveillance constante aux croisements²¹.

En ce qui concerne la protection de la santé, la Cour suprême des Etats-Unis a admis, dans *Wolff v. Court of Industrial Relation*²², que l'Etat pouvait exercer un droit de surveillance sur la préparation et la vente des denrées alimentaires. Il est admis également qu'il peut saisir et détruire de la viande corrompue ou des denrées malsaines; enfin, il peut obliger un fermier à abattre son bétail, si celui-ci est tuberculeux, et lui interdire de vendre le lait de vaches malades²³.

Les atteintes que l'exercice du *police power* fait subir au droit de propriété vont plus loin encore. Certaines sont justifiées par la nécessité dans laquelle se trouve l'Etat d'assurer à ses citoyens un certain confort. Bien plus, le souci esthé-

18. Cf. L. Thomas, Les gratte-ciel protégés contre l'incendie, l'*Illustration* 1930, p. 24.

19. Cf. *N. York Fire Dpmt. v. Gilmour*, 149 N. J. 453.

20. *American Print. Works v. Lawrence*, 21 N. J. Law (1847) 248; cf. également : *Russel v. Mayor* (1845) N. Y. 2 Denio 461; *Surroco v. Geary* (1853) 3 Calif. 69.

21. *Missouri Pac. Ry. Co v. Hames* (1885) 115 U. S. 512 et *Chicago B. v. Chicago* (1897) 166 U. S. 226 (252).

22. 262 U. S. 522.

23. Sur tous ces points, cf. FREUND, *l. c.*

tique lui-même a pu servir à légitimer des restrictions apportées au droit de propriété. Le citoyen américain a droit aux perspectives harmonieuses; pour les lui procurer, l'Etat peut, si besoin est, limiter la hauteur des maisons et des murs, interdire l'apposition de réclames tapageuses ou d'affiches disgracieuses²⁴.

b) Le droit de propriété est, en second lieu, soumis à l'*eminent domain*²⁵, c'est-à-dire au droit pour l'Etat d'exproprier une propriété privée pour un usage public ou quasi-public, et moyennant une « juste compensation ». Il n'y a pas lieu d'insister sur les modes d'exercice de ce pouvoir : des développements ont été précédemment fournis à ce sujet; d'autre part, il ne peut pas être considéré comme caractérisant spécialement les formes modernes de la propriété; il est, en effet, contenu dans le Ve amendement, et existe donc depuis 1791. Disons seulement qu'il appartient au gouvernement fédéral et à l'Etat, mais que fréquemment aussi, il est délégué aux municipalités. A l'heure actuelle, en raison du développement des villes, les municipalités ont sans cesse besoin de territoires nouveaux et, dans la plupart des cas, elles usent, pour les acquérir, de l'*eminent domain*. C'est ce qui a lieu chaque jour, notamment pour la construction d'écoles publiques, de bibliothèques publiques, de musées, de parcs, etc.²⁶...

c) Certaines limites, enfin, sont apportées au droit de propriété par le pouvoir de taxation. Ce pouvoir est extrêmement ancien; il semblerait donc qu'il n'ait pas influé sur la transformation moderne subie par la notion de propriété. Cependant, à l'heure actuelle, certains projets tendent à faire du pouvoir de taxation un moyen de bouleverser entièrement l'économie actuelle du droit de propriété et notamment de la propriété foncière qui, jusqu'alors, était restée comme une survivance ultime de la conception classique.

Autrefois, les taxes foncières étaient légères; elles avaient exclusivement pour but de fournir une contribution normale aux charges de l'Etat. A la fin du xix^e siècle, au contraire, certains théoriciens virent dans cette taxe un

24. Sur tous ces points, cf. FREUND, *l. c.*

25. Cf. *Fallbrook Irr. v. Bradley*, 164 U. S. 112.

26. Cf. sur ce point : W. C. PLUMMER, *l. c.*

moyen d'introduire une réforme radicale du système social. En 1879, Henri George faisait paraître un ouvrage retentissant intitulé *Progrès et Pauvreté*. Il proposait que la taxe foncière devint désormais la « taxe unique », et qu'elle fût portée à un taux tel qu'elle absorbât le revenu entier fourni par la propriété. Le but d'une semblable réforme était l'abolition pratique de la propriété privée foncière et son remplacement par une forme collective de propriété.

De nombreuses tentatives furent faites en vue de mettre en application cette doctrine : tout d'abord, en 1886, l'auteur même de la proposition, Henri George, posa sa candidature à la mairie de New-York. Il échoua ; mais réunit cependant sur son nom un nombre de voix important. Puis, les partisans de la taxe unique essayèrent de faire triompher leurs idées dans l'Etat d'Orégon : dans ce but, une campagne très vive fut menée entre 1908 et 1918 ; elle ne parvint pas à réussir. Des essais semblables furent tentés enfin en Californie, dans le Colorado, et dans le Missouri ; ils eurent pareil sort. L'insuccès de cette offensive socialisante fut donc complet ; même, il semble bien que depuis quelques années une réaction très nette se soit produite contre le principe de la taxe unique : en 1913, par exemple, le gouvernement de Pensylvanie envisageait, pour certaines villes comme Pittsburg et Scranton, une diminution graduelle de la taxe foncière. En 1922, le gouvernement de New-York autorisait les pouvoirs locaux se trouvant sous sa dépendance à exempter des taxes locales les constructions à usage d'habitation pour une période allant jusqu'en 1932 au maximum.

Doit-on dire, dans ces conditions, que la campagne menée en faveur de la taxe unique n'ait produit aucun effet ? Non pas. Les résultats positifs qu'elle a permis d'atteindre furent minimes ; ils existent cependant : c'est grâce à elle que fut admis en Amérique le principe de l'impôt sur les plus-values immobilières²⁷.

B) D'autre part, des limites ont été apportées au droit de propriété également dans l'intérêt des particuliers.

27. Sur ce point et sur l'histoire entière de la « single tax », cf. W. C. PLUMMER, *l. c.*

D'après la conception ancienne, la propriété était un droit absolu; elle pouvait, presque toujours, être affectée par son titulaire à un but quelconque, celui-ci fut-il préjudiciable au propriétaire voisin. Bref, le droit américain ne connaissait pas la doctrine de l'abus des droits. Aujourd'hui, il semble bien qu'il en soit autrement. Dès 1896, le juge Brown, suivi dans son « opinion » par les juges Brewer et Field, exposait, à l'occasion d'un procès célèbre²⁸, une doctrine qui, en bien des points, s'apparentait à la théorie française de l'abus des droits. Voici comment était posée la question : un citoyen était propriétaire d'un champ dans lequel se trouvait englobée une portion du domaine public. Avait-il le droit d'enclorre entièrement sa terre et d'empêcher ainsi les habitants de la commune d'accéder au terrain public? L'Etat le niait; même, il avait fait voter une loi intitulée « Acte ayant pour but d'empêcher l'occupation illégale des terrains publics », afin de prohiber de pareils agissements. Le propriétaire protesta; il soutenait que son droit était absolu et que personne ne pouvait l'empêcher de clore sa propriété. Il déféra donc la loi aux tribunaux, leur demandant d'en prononcer la nullité. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis se trouva saisie du litige. Quelle allait être son opinion?

Si la conception classique avait seule guidé les juges, la mesure vexatoire prise par le propriétaire aurait certainement dû être admise. D'après cette conception en effet, « un individu pouvait, sans aucun doute, élever une barrière sur ses terres, si haute que fût celle-ci, et même dans le cas où elle aurait obstrué la lumière pour les voisins²⁹ ». Telle était, en effet, la force du droit de propriété dans la thèse classique, que les motifs adoptés par le propriétaire, lorsqu'il agissait, ne pouvaient pas être critiqués, même si l'acte avait pour but unique de nuire aux voisins. La loi n'avait donc pas à tenir compte de l'égoïsme et de la malveillance des propriétaires particuliers.

Mais bientôt, l'injustice qui résultait des conséquences abusives que l'on tirait de la doctrine classique devint si manifeste qu'il fallut prendre des mesures et limiter

28. *Camfield v. U. S.*, 167 U. S. 518.

29. *L. c.*

l'étendue du droit de propriété. L'espèce que nous examinons en fournit un exemple excellent. La loi, votée par la législature de Massachusetts en 1887, édictait que « toute clôture excédant sans nécessité six pieds de haut et qui serait érigée ou maintenue dans le but de causer un préjudice aux titulaires ou aux simples occupants de la propriété voisine, devait être considérée comme une *private nuisance* (dommage illicitement causé aux voisins). Des sanctions étaient prévues pour faire respecter les termes de la loi. Mais ce qu'il convient d'observer, c'est que ceux-ci semblaient bien admettre une sorte de théorie d'abus des droits. La loi en question affirmait clairement que le droit de propriété, droit absolu, ne pouvait pas être utilisé en vue d'un but quelconque. Il fallait au contraire, pour que son exercice fut légitime, que le motif déterminant fût légitime lui aussi. En d'autres termes, ce droit ne pouvait, en aucun cas, être mis « au service de la malice, de la mauvaise foi, de la volonté de nuire à autrui ».

La jurisprudence constitutionnelle américaine allait-elle adopter cette conception? Elle eut à se prononcer à son sujet à deux reprises, à propos de la loi du Massachusetts. Celle-ci fut d'abord déférée aux tribunaux locaux dans *Rideout v. Knox*³⁰. La Cour suprême de l'Etat admit sa constitutionnalité. L'affaire fut alors portée devant la Cour suprême des Etats-Unis. Le juge Brown, dans une *opinion* célèbre, affirma que, « sans aucun doute, un homme pouvait, en thèse générale, faire de sa propriété ce qu'il voulait; mais, disait-il, ce droit est subordonné à un autre droit qui trouve son expression dans la maxime bien connue *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Le droit que possède le propriétaire d'ériger sur ses terres les constructions qui lui plaisent ne lui permet pas de maintenir une construction nuisible; il ne lui permet pas non plus d'exercer une profession qui gênerait ses voisins. Depuis le cas Aldred, il est établi, aux Etats-Unis comme en Angleterre, qu'un particulier n'a pas le droit de maintenir, sur ses propres terres, une construction qui, en raison d'une odeur désagréable, d'un bruit effrayant et anormal, de fumée épaisses, d'émanations délétères..., rendrait

30. *Rideout v. Knox*, 148 Mass., 368; 12 Am. St. Rep. 560.

l'occupation de la propriété voisine dangereuse, intolérable et même *uncomfortable*. Aucune personne qui maintiendrait une semblable *nuisance* ne pourrait demander la protection des sanctions garantissant la propriété privée³¹.

91. Il résulte des développements qui précèdent qu'à l'heure actuelle l'évolution de la notion de propriété, qui se poursuit toujours, est déjà considérable. La propriété moderne est notablement différente de la notion traditionnelle et classique. Un trait, à notre avis, la caractérise avant tout : c'est que, désormais, elle n'est plus exclusivement un droit privé, se suffisant à lui même; elle n'existe qu'en liaison étroite avec la fonction sociale qui doit être son but; elle est limitée et modelée par cette fonction elle-même. On peut donc dire qu'aux Etats-Unis de l'Amérique du nord la propriété individuelle du type traditionnel tend à être remplacée par la propriété, « fonction sociale ».

III

92. Le meilleur exemple qui puisse être donné de la collaboration entre les particuliers et l'Etat est certainement celui que fournissent les entreprises d'utilité publique.

Que faut-il entendre par entreprise d'utilité publique ? Il s'agit essentiellement d'une entreprise privée qui, en raison de son importance considérable, est cependant soumise à un régime particulier. De cela, il résulte que l'on se trouve en présence d'une institution de nature hybride : par son caractère fondamental, elle relève du droit commun; mais eu égard au but poursuivi, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, elle possède certaines des caractéristiques propres aux institutions du droit public. Elle a, par conséquent, des buts communs avec les services même de la puissance publique; elle subira, en une certaine mesure, la même destinée que ceux-ci. Comme pour ces derniers, l'étendue de son domaine d'élection variera avec la notion de but public.

L'étude de ces entreprises présente un très grand intérêt : elle fournit un exemple curieux d'une des formes modernes de la propriété privée. Pour cette raison, il est

31. *Camfield v. U. S.*, l. c.

utile de retracer la carrière des entreprises d'utilité publique dans le droit de l'Amérique du Nord.

93. Ce droit, il convient de le rappeler, est fortement imprégné de traditionnalisme; beaucoup, parmi les institutions qu'il contient, proviennent directement du droit anglais. Cette règle générale se trouve vérifiée à propos des entreprises d'utilité publique.

Celles-ci étaient connues en droit anglais depuis fort longtemps déjà. Dès la fin du *xvii^e* siècle, un juriste anglais, lord Hale, qui avait étudié le régime des compagnies concessionnaires dans les ports, qualifiait ces dernières d'« entreprises revêtues d'un intérêt public³² ». Il entendait par cette phrase décrire leur situation exceptionnelle. Elles étaient avant tout des compagnies privées, cela ne souffrait pas de doute; mais, cependant, elles se trouvaient dans la nécessité d'obtenir du roi un privilège et, d'autre part, le besoin qu'elles se proposaient de satisfaire était d'ordre si général que la communauté tout entière y était intéressée. Dans ces conditions, il était difficile de parler pour elles d'un régime de droit commun. Bien qu'elles fussent propriétaires du port, il ne pouvait pas être question de leur laisser la pleine et libre jouissance de cette propriété; notamment, il eût été inadmissible qu'on leur permit de fixer arbitrairement les tarifs ou de réglementer, selon leur bon plaisir, les entrées de vaisseaux. Notre vieil auteur se trouvait ainsi amené à envisager, pour ces compagnies, un régime particulier de propriété : grevées d'un intérêt public, elles devaient cesser d'être *juris privati*; leur existence et leur fonctionnement supposaient un régime spécial.

L'expression, employée pour la première fois par lord Hale, connut un très grand succès. Elle fut adoptée universellement; le droit américain, notamment, l'accueillit sans résistance. Cependant elle était bien vague; les juges eux-mêmes déclaraient qu'elle était « un critérium sans précision³³ ». Il convenait, dans ces conditions, de préciser sa signification; ce fut la tâche à laquelle les Cours américaines s'appliquèrent.

32. HALE, *De Portibus Maris*, 1 Harg. Law Tracts, 78.

33. *Tyson v. Banton*, 273 U. S. 418.

Tout d'abord, il convient de le remarquer, aucune difficulté ne se présentait pour certaines catégories d'entreprises. Certaines d'entre elles en effet, par leur nature, apparaissaient, sans contestation possible, comme grevées d'utilité publique. Tel était le cas des sociétés de transport en commun, des compagnies constituées pour l'exploitation du télégraphe et du téléphone. Pour d'autres au contraire, le doute était sérieux.

94. Il était donc indispensable de rechercher un critérium général permettant de déterminer les cas dans lesquels on se trouvait en présence d'entreprises d'utilité publique.

Plusieurs critères furent successivement envisagés par la jurisprudence américaine. Aucun d'eux n'était pleinement satisfaisant et tous durent être abandonnés. Ainsi la Cour suprême des Etats-Unis reconnut qu'on ne pouvait, dans ce but, se fier simplement aux proportions de l'entreprise; une affaire immense n'était pas nécessairement un *public utility*. D'autre part, l'affectation d'une entreprise à l'utilité publique ne découlait pas exclusivement des services rendus par elle à la communauté; il ne résultait pas non plus de ce que les citoyens « éprouvaient un sentiment de crainte à la pensée que son activité pouvait cesser³⁴ ».

Un dernier critérium enfin devait être écarté. C'était celui qui attribuait une valeur absolue à la volonté du législateur. Avec une conception semblable il eût fallu admettre qu'un Etat, en déclarant une entreprise grevée d'utilité publique, la rendait telle. C'était une théorie en contradiction flagrante avec les principes admis par la Cour suprême des Etats-Unis; aussi celle-ci affirma-t-elle que « la question était une de celles qui restaient toujours ouvertes à l'examen des juges³⁵ ».

Ce travail d'élimination accompli, il fallait cependant en arriver à une œuvre positive. Ceci fut fait en 1922 par la Cour suprême fédérale dans l'arrêt fameux *Wolff C^o v. Industrial Court*³⁶. Examinant en détail la question des

34. Cf. *Tyson v. Banton*, l. c.

35. *Wolff C^o v. Industrial Court*, 262 U. S. 529.

36. L. c.

entreprises d'utilité publique, la Cour parvenait à mettre sur pied une classification de celles-ci en trois groupes :

1° Le premier comprenait les entreprises « qui fonctionnaient avec la garantie publique d'un privilège » et qui se trouvaient dans l'obligation « d'assurer un service public, quelle que fût la personne qui le réclamât ». Dans cette catégorie étaient rangées les compagnies de chemin de fer et toutes les autres entreprises de transport en commun.

2° Le second rangeait au nombre des entreprises d'utilité publique « certaines professions comportant un intérêt public reconnu depuis une époque très ancienne et remontant à la période des lois arbitraires faites par le Parlement ou par les législatures coloniales ». Il s'agissait là, en somme, d'entreprises qui présentaient un caractère particulier en raison d'une survivance historique. La Cour plaçait dans cette catégorie les professions de tenanciers d'auberges, de cochers de fiacre, de meuniers.

3° Enfin, une dernière catégorie, beaucoup plus large celle-ci, comprenait « des entreprises qui, historiquement, ne présentaient pas de caractère public, mais qui cependant paraissaient devoir un jour prendre ce caractère; elles devaient donc être soumises à une réglementation gouvernementale ». Ces entreprises, disait encore la Cour, « ont avec le public des relations si étroites qu'un statut doit leur être imposé. Leur propriétaire, en les affectant à l'usage public, garantit par-là même, au public, un intérêt dans leur fonctionnement. Il se soumet donc lui-même au contrôle général, dans la mesure de l'intérêt qu'il a ainsi créé; cependant, l'entreprise continue à être l'objet de propriété privée. »

La classification fournie par cette décision est précieuse. Les deux premières catégories qu'elle comporte sont en effet parfaitement précises. En ce qui concerne la troisième cependant, il faut reconnaître qu'elle contient encore beaucoup d'imprécisions. Sans doute un effort intéressant est fait pour enfermer en des formules juridiques une question délicate; cependant, ces formules ne permettent pas de déterminer, avec une absolue certitude, les cas dans lesquels on se trouve en présence de *public utility*.

Dans ces conditions, il convient de compléter les principes exposés dans le cas *Wolff* par l'indication des solu-

tions positives admises par la jurisprudence américaine. Celles-ci ont subi une évolution au cours du XIX^e siècle.

La décision la plus ancienne qui traite des entreprises d'utilité publique est celle qui fut rendue dans *Munn v. Illinois*³⁷. Elle admit la validité d'une loi fixant un tarif obligatoire pour les entrepôts de grains. Pour approuver les dispositions de la loi, la Cour suprême invoquait la situation de fait. Les élévateurs dont il s'agissait étaient situés à Chicago. Or, cette ville, en raison de sa situation géographique, jouissait d'un véritable monopole du commerce des grains. Comme le disait la Cour, Chicago était située dans « la voie que devait obligatoirement emprunter ce commerce (*the gateway of commerce*) ». Les propriétaires des élévateurs touchaient nécessairement un péage pour tout le blé qui passait par Chicago; leur profession tendait donc à être une *common charge*; elle devenait une chose d'intérêt et d'usage public. Dans ces conditions, si un *business* devait être revêtu d'un intérêt public, et s'il devait cesser de dépendre simplement du droit privé, ce devait bien être celui-là.

Le critérium retenu par cet arrêt paraissait simple : pour déterminer si l'on se trouvait en présence d'une entreprise d'utilité publique, il fallait examiner si l'entreprise considérée jouissait, en vertu de la nature même de son exploitation, d'un privilège, d'une rente diraient les économistes.

Le principe ainsi dégagé était normalement appelé à recevoir d'autres applications. Puisque des entrepôts à grain étaient de *public utility*, il était naturel d'étendre ce caractère à toutes les autres entreprises de stockage. C'est ce qui fut fait, notamment par le juge Brewer dans *Cotting v. Kansas*³⁸ à propos des parcs à bestiaux.

Mais le développement des faits économiques devait entraîner une extension beaucoup plus considérable de la notion d'entreprise d'utilité publique. La décision intervenue dans *German Alliance v. Kansas*³⁹ marque une étape importante dans cette voie. La Cour suprême des États-Unis y déclarait qu'une profession pouvait être grevée

37. 94 U. S. 113.

38. 183 U. S. 79.

39. 233 U. S. 289.

d'un intérêt public, bien qu'aucun *public trust* n'affectât la propriété et bien que le public ne pût pas se réclamer d'un droit légal à recevoir le service qu'elle avait pour but de rendre. Les juges firent application de ces principes à la profession d'assureur et notamment aux assurances contre l'incendie. Le juge Mac Kenna, qui rendit l'opinion au nom de la Cour, indiquait que, dans une compagnie d'assurances, le risque à couvrir n'était pas individuel; c'était un risque général, dont l'étendue pouvait être déterminée par la loi des moyennes. Il s'agissait donc d'un intérêt public, à la fois considérable par son champ d'application et précis par son contour. Le fait que le contrat d'assurances incendie avait un caractère personnel n'empêchait pas qu'il pût être réglementé. Les diverses législatures d'Etat l'avaient fait et sans exception elles considéraient la profession d'assureur comme affectant sérieusement le bien-être public. La Cour, au demeurant, indiquait que les incendies devaient être considérés comme un fléau inévitable, et que les pertes qu'ils entraînaient étaient énormes. En présence de cette situation, le but fondamental de l'assurance était de répartir le dommage sur un groupe de personnes aussi étendu que possible, en l'espèce, les actionnaires de la compagnie, et dans une certaine mesure, ses usagers eux-mêmes. Comme le disaient les juges : « Un dommage individuel est ainsi partagé par une foule de gens; celui que subit une communauté est supporté, pour partie, par d'autres communautés et par ce moyen les conséquences des plus grandes catastrophes peuvent être réduites et même réparées ». Au fond ils assimilaient l'entreprise d'assurance à un simple mécanisme de distribution, son objet consistant à transformer de lourds préjudices individuels en une perte générale relativement faible pour chacun.

Cette conception explique la conclusion à laquelle aboutissait la Cour : « Les contrats d'assurance, disait-elle, ont des conséquences publiques. Celles-ci ont plus d'importance que celles résultant des contrats passés entre particuliers dont les effets s'arrêtent aux individus... (D'autre part), les contrats d'assurances sont interdépendants; ils ne peuvent pas être considérés isolément et l'effet de ces relations est de créer un fond d'assurance et de crédit.

Les compagnies deviennent dépositaires de l'argent des assurés; par là elles possèdent de grands pouvoirs et sont chargées d'une grande responsabilité⁴⁰. »

L'extension dont bénéficiait ainsi la notion d'entreprise d'utilité publique était considérable. Certains Américains même la trouvaient exagérée. Ils craignaient que la jurisprudence instaurée par le cas *German Alliance*, n'aboutît à la suppression absolue des entreprises privées non soumises à réglementation.

Leurs craintes n'étaient pas fondées. La Cour suprême fédérale n'hésita jamais à déclarer inconstitutionnelle des lois d'Etat soumettant des entreprises privées au contrôle de l'Etat, lorsque ce contrôle lui paraissait sans fondement. Notamment, elle décida que ne pouvaient pas être considérées comme *public utility* : la location de maisons ou d'appartements⁴¹ et la vente de « produits courants ». Sur ce dernier point, la Cour affirmait, dans *Wolff C^o v. Industrial Court*⁴², « que, jamais, depuis l'adoption de la Constitution, des professions telles que celles de boucher, de boulanger, de tailleur, de bûcheron ou de mineur n'avaient été considérées comme grevées d'un intérêt public et comme... pouvant être soumises à une réglementation d'Etat... » « Il est certain, poursuivait-elle, qu'à l'époque de l'ancienne *common law*, le Parlement tout-puissant pouvait réglementer les prix et les salaires comme il l'entendait, et que les législatures de l'époque coloniale cherchèrent à exercer un pouvoir identique; mais à l'heure présente, un individu n'affecte pas sa propriété à l'usage public, ou ne greève pas celle-ci d'un intérêt public, simplement parce qu'il produit des articles et les vend au public⁴³. »

De l'ensemble de ces décisions un critérium nouveau se dégagait. Il reposait sur l'existence, dans une profession considérée, « de relations substantielles et définies avec l'intérêt public; relations telles qu'elles justifiaient un recours à une véritable fiction légale, celle d'une garantie de l'usage du *business* accordée par le propriétaire au

40. *L. c.*

41. Cf. *Block v. Hirsh*, 256 U. S. 135; *Chastleton v. Sinclair*, 264 U. S. 543.

42. *L. c.*

43. Cf. dans le même sens : *U. S. v. Bernstein*, D. C. 267, F. 265.

public⁴⁴ ». Nous nous trouvons donc, encore une fois, en présence de la fameuse règle des relations réelles et substantielles.

Ce critérium nouveau était-il suffisamment clair ? Notamment, allait-il permettre aux tribunaux américains d'avoir, à propos des entreprises d'utilité publique, une jurisprudence ferme et sans hésitation ? Malheureusement non.

Une affaire célèbre, le cas *Tyson v. Banton*⁴⁵, qui fut portée en 1926 devant la Cour suprême des Etats-Unis, démontre que l'opinion des juges est, sur ce point, singulièrement incertaine encore. Une loi de l'Etat de New-York proclamait que le fait de revendre des tickets devant les théâtres constituait « une profession grevée d'un intérêt public, que, par conséquent, elle était soumise au contrôle de l'Etat pour que celui-ci protège le public contre la fraude, l'extorsion, les taux exorbitants et autres abus semblables ». Faisant application de cette loi, le gouvernement de New-York imposa aux revendeurs de tickets un taux maximum pour leur commission. Ces derniers protestèrent. On les privait, disaient-ils, de leur propriété, c'est-à-dire de leur *business*. L'un d'eux, Tyson, exposa à la Cour, qu'il avait engagé de grandes dépenses : il avait à son service plusieurs centaines de rabatteurs, et revendait plus de 300.000 billets par an ; bref, il avait établi un monopole de fait, un véritable trust de spectacles. Cet énorme trafic nécessitait un fonds de roulement considérable et les frais qu'il occasionnait ne pouvaient pas être couverts par la commission fixée par la loi. D'ailleurs, cette réglementation des prix était-elle légale ? Pouvait-on vraiment dire qu'une entreprise de théâtre était grevée d'utilité publique ? C'était ce point qu'il demandait à la Cour de trancher.

Celle-ci fut fort embarrassée. Cinq, parmi les neuf juges, déclarèrent que certainement un théâtre ne pouvait pas être considéré comme entreprise d'utilité publique ; mais quatre juges furent d'un avis différent.

L'opinion de la majorité fut fondée sur trois arguments principaux :

44. *Tyson v. Banton*, l. c.

45. L. c.

1° En premier lieu, l'hypothèse qui était soumise à la Cour différerait totalement de celles dans lesquelles elle avait précédemment admis la légitimité d'une réglementation par la loi; entre elles, aucune assimilation n'était possible. Il n'y avait donc pas, en la circonstance, de précédent à invoquer. Comme le disait le juge Sutherland, « un théâtre est une entreprise privée. Il diffère, sans aucun doute, d'un élévateur de grains, en ce qui concerne les rapports qu'il a avec le public; à la différence de ce dernier, il ne jouit pas d'un monopole de fait et ne permet pas la perception d'un droit comparable à un impôt général. Il diffère également des entrepôts à bestiaux, qui, en ce qui concerne le bétail, se trouvent dans une situation identique à celle des élévateurs; il diffère enfin d'une compagnie d'assurance qui, de même qu'une véritable agence publique, s'emploie à récolter et à constituer un fond de garantie sur lequel des droits définis et certains appartiennent au public. Le prix des théâtres n'a aucune relation avec le commerce de la contrée, il est indépendant de tous les autres prix... Dans ces conditions, on ne peut pas dire qu'une place de théâtre soit une *public utility*⁴⁶ ».

2° D'autre part, en raison de sa nature même, une entreprise théâtrale ne pouvait pas être assimilée à une *public utility* ». Comme le disait la Cour : « L'intérêt que le public a dans les théâtres et dans les autres endroits de plaisir peut, avec plus d'exactitude, être assimilé à l'intérêt qu'il possède à voir fonctionner, de façon normale, des boutiques alimentaires,... des entreprises de location immobilière, encore que la nourriture et le logement aient une importance beaucoup plus considérable que les distractions ou même l'instruction. La Cour l'a déjà déclaré, le pouvoir législatif n'a pas le droit de fixer le prix des denrées alimentaires, celui des vêtements, ou le taux des loyers, sauf en cas d'*emergency*. Aucune raison ne peut justifier une solution différente en ce qui concerne... les spectacles. »

3° Enfin, la Cour écartait la possibilité de considérer, en vertu d'une survivance historique, les entreprises de spectacles comme grevées d'un intérêt public. « L'affir-

mation, disait-elle, que, lorsqu'on les considère d'un point de vue historique, les places dans un spectacle sont grévées d'un intérêt public... ne doit pas nous impressionner. Sans doute, chez les Grecs, les distractions et l'éducation du peuple par le théâtre pouvaient être considérées comme un devoir pour le gouvernement; mais il est certain qu'en Amérique aucun devoir semblable n'incombe à nos dirigeants⁴⁷ ».

Mais en face de ces arguments, invoqués par la majorité, la forte minorité que constituaient quatre juges sur cinq protestait. Le juge Stone, notamment, proposait un nouveau critérium de l'entreprise d'utilité publique. Il déclarait qu'une entreprise devait prendre ce caractère « dans tous les cas où l'existence d'une situation de fait ou un concours de circonstances restreignaient matériellement les effets de la libre concurrence ». Ce critérium était ingénieux. En ce qui concernait la réglementation des entreprises théâtrales, il en déduisait que celle-ci était parfaitement justifiée, si les circonstances révélaient que la libre concurrence ne jouait plus. Il n'hésitait pas d'ailleurs à souligner le caractère précaire des décisions de la Cour suprême fédérale : « Il existe, disait-il, un conservatisme de l'esprit qui met en cause chaque innovation de la législation... et qui la considère comme contraire à la Constitution et comme dangereuse, sauf lorsqu'elle est devenue familière; nos recueils sont remplis de cas où, espèce après espèce, l'exercice de la réglementation fut repoussé puis admis... Lorsque le premier sentiment de crainte est surmonté, personne ne se plaint plus que des droits ont reçu des atteintes ou que les garanties constitutionnelles ont été violées⁴⁸ ». C'était là, à l'adresse des juges de la majorité, un sérieux avertissement. Rien ne prouve en effet que la réglementation qui a été annulée dans *Tyson v. Ban-ton* ne soit pas un jour admise par les Cours.

95. La notion d'entreprise d'utilité publique est, en effet, une notion bien vague encore; disons qu'elle est en voie de constitution. Elle dépend d'une façon très étroite de l'opinion personnelle des juges. Ceux-ci n'ont, pour

47. L. c.

48. L. c.

être guidés en cette matière, aucun principe juridique précis. La seule règle qu'ils peuvent appliquer est celle de *reasonableness*, et nous savons combien elle est incertaine. Au fond, comme le disait le juge Holmes : « La notion d'entreprise grevée d'un intérêt public et affectée à l'usage du public n'est autre chose qu'une fiction. Elle a pour but de « dorer la pilule » à ceux qui souffrent d'une situation donnée. En réalité, il me semble que... la législature peut interdire ou réglementer toute profession, dès l'instant que, derrière elle, elle sent, dans l'opinion publique, une force suffisante pour la soutenir. C'est ainsi que les loteries étaient considérées, il y a un siècle, comme l'un des services normaux de l'Etat. A l'heure actuelle, on estime qu'elles sont immorales et elles ont été supprimées. En ce qui concerne le vin, cette boisson fut considérée comme un bienfait pour l'homme depuis l'époque des apôtres jusqu'à ces toutes dernières années. Si l'opinion publique avait changé, il n'aurait pas été besoin du XVIII^e amendement, non plus que du XIV^e, pour rendre l'Etat capable de voir qu'il fallait faire cesser le commerce dont le vin était l'objet. Ce qui s'est produit pour les loteries et pour le vin peut survenir pour le théâtre dans l'un de ces remous moraux que l'avenir nous réserve, et cela, non pas parce que le théâtre est « voué à l'usage du public », mais parce que le peuple a tendance à penser qu'il en est ainsi⁴⁹. »

Tel est, sur ce point, l'opinion de l'un des plus grands juges américains. Elle est caractéristique par la conception si relativiste qu'elle contient. Qu'est-ce donc, en définitive qu'une entreprise d'utilité publique ? C'est celle, qui peut « raisonnablement » être considérée comme telle ; en fait, c'est celle que les citoyens baptisent de ce nom à un moment donné.

49. Tyson, l. c.

CONCLUSION

96. Les libertés individuelles dans leurs relations avec la psychologie et l'histoire américaine. — 97. Les libertés individuelles et l'organisation du droit en Amérique.

96. Un fait se dégage de l'étude du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois en Amérique : c'est le rôle fondamental joué dans l'organisation juridique de ce pays par les libertés individuelles. Ce rôle constitue l'une des originalités les plus marquantes du droit américain.

Précisons immédiatement le sens rigoureux de notre pensée. Nous n'entendons pas soutenir que les libertés individuelles présentent, en Amérique, une valeur morale et psychologique plus grande que dans d'autres pays. Semblable affirmation constituerait une lourde erreur. Le droit français en effet, pour ne citer qu'un exemple, a donné à l'histoire des institutions juridiques une méthode particulièrement heureuse pour la protection des libertés individuelles¹, et, dans la doctrine française, les auteurs proclament unanimement la valeur essentielle de ces libertés. Mais, ceci dit, il faut constater que les droits privés ont fait l'objet, aux Etats-Unis, d'une protection juridique plus précise et plus complète qu'ailleurs.

Ce trait particulier oppose d'une façon remarquable la conception américaine des libertés individuelles aux conceptions des pays latins. A cet égard, une comparaison entre le droit français et le droit américain est spécialement intéressante.

La France est le pays où les libertés méritent le mieux le qualificatif d'individuelles. Celles-ci y sont individuelles à deux titres : en premier lieu, parce que, comme ailleurs, elles ont pour titulaires des individus ; mais aussi, fait

1. Cf. ci-dessus § 6.

beaucoup plus rare, parce que leur protection y est assurée, pour une large part, grâce à l'initiative privée.

Cette particularité s'explique, selon nous, par deux considérations historiques :

a) Tout d'abord par l'influence romaine. Notre droit est traditionnel et conservateur; un enchaînement continu d'idées et de faits le relie aux conceptions latines anciennes. Or à Rome, la construction primitive de l'Etat reposait sur la « gens », c'est-à-dire sur un groupement familial élevé au niveau d'un véritable organisme de droit public avec son culte, ses lois, sa juridiction propre. Ainsi, l'Etat se trouva en présence, dès le début, d'une organisation privée à la fois cohérente et forte; son développement ne fut donc pas libre entièrement. Cette situation initiale eut pour effet de conserver à la famille un rôle important dans l'organisation du droit. Notamment, le domaine entier des questions morales lui demeura presque exclusivement réservé.

b) Mais surtout le rôle, assumé en France par les individus pour la protection de leurs propres libertés, peut être expliqué par les conditions particulièrement dures de notre existence nationale. La France a connu, au cours de sa longue histoire, de nombreuses vicissitudes. Des invasions étrangères répétées, des luttes intestines même ont provoqué à maintes reprises la ruine des foyers. Ces malheurs ont façonné le caractère national; ils ont fait du Français un être adulte, considérant la vie comme une chose sérieuse et difficile, sans trop d'enthousiasme et sans trop d'illusions. Vivant dans le souvenir de malheurs passés et ayant sous les yeux le spectacle des malheurs présents, l'individu s'est replié sur lui-même. Malheureux dans ses rapports avec des étrangers, il s'est réfugié dans son sentiment national; rebuté parfois par ses propres concitoyens, il s'est retiré dans la vie de famille et a appris à ne compter que sur ses propres forces. L'individu s'est trouvé ainsi mutilé dans ses aspirations premières. Il n'en a gardé que plus d'attachement pour ce qui lui restait. Notamment, les libertés individuelles lui sont devenues plus précieuses encore. Il tient à les conserver, mais, rendu sceptique par l'expérience, il estime que la meilleure défense dont il puisse les doter vient de lui-même. Sans doute, il attache un grand

prix aux mécanismes juridiques aptes à protéger ce qui, pour lui, a tant de valeur; mais ces efforts collectifs ne lui donnent pas un entier apaisement; même, ils pourraient, s'ils étaient poussés trop loin, lui inspirer quelque inquiétude. L'intérêt témoigné aux choses d'autrui ne s'est-il pas, bien souvent déjà, mué en despotisme ? Le but d'un homme prudent semble donc devoir être de placer, tel un trésor précieux, son idéal hors des atteintes extérieures.

Cette conception est totalement étrangère aux Américains. Tout effort fourni pour atteindre à la sécurité d'un idéal individuel dénoterait, selon eux, un esprit de « mercantilisme juridique »; il risquerait de leur apparaître comme une véritable tentative de « thésaurisation spirituelle ».

Aussi bien, la situation se présente-t-elle, aux Etats-Unis, sous un aspect très différent :

a) En premier lieu, la tradition n'y est plus romaine, mais presque exclusivement anglo-saxonne.

b) D'autre part, l'Amérique a subi, au cours de son histoire, des épreuves beaucoup moins fortes que les vieux pays européens. Sans doute, beaucoup d'Américains protestent-ils contre cette manière de voir; ils allèguent que leur pays a connu la guerre de sécession, la Grande Guerre; ils citent même la crise économique présente. Cependant leurs voisins sont paisibles ou plus faibles qu'eux; leur territoire n'a jamais été envahi et même il n'a jamais été sérieusement menacé.

c) Enfin et surtout, les Etats-Unis ont connu récemment un mouvement de renouvellement moral, intellectuel et matériel considérable. Vers la fin du xix^e siècle, la grande industrie est apparue; son essort atteignit aux Etats-Unis des proportions insoupçonnées; la production devint le but principal de la nation. Pour réaliser ce but, il fallut réviser les conceptions anciennes et substituer à l'économie individualiste une économie collective.

Dans ces conditions, les notions anciennes ont perdu de leur force; la vie s'est « collectivisée »; les citoyens américains ont pris l'habitude de se plier à des directives géné-

rales; leur vie privée s'en est trouvée transformée. A l'heure actuelle, l'Américain vit sans mystère; il se soumet de lui-même au contrôle de l'opinion de ses concitoyens. Faits bien surprenants pour un esprit français, les particuliers livrent le chiffre de leurs fortunes, les industriels ouvrent leurs ateliers et même leur comptabilité aux visiteurs.

L'organisation officielle d'une méthode de protection des libertés individuelles correspond parfaitement à une conception semblable de la vie. Dans une civilisation où chacun accepte, sur ses actes, le contrôle de l'opinion publique, aucun obstacle n'existe, empêchant l'un des pouvoirs de l'état de fixer lui-même le cadre de l'activité privée.

97. Les développements qui précèdent permettent de dégager un enseignement historique. Les faits qui ont été rappelés montrent que, pour une grande part, ce sont les événements qui façonnent les hommes; ce sont eux qui créent les mœurs et les coutumes. L'exemple américain permet de pousser plus loin cette observation : il témoigne de l'influence immédiate et profonde que les mœurs et les coutumes exercent à leur tour sur l'élaboration du droit. Ceci ne doit pas surprendre : le droit est en effet l'expression juridique des faits sociaux; il faut donc bien que les réalités positives reflètent en elles les réalités sociales concrètes.

C'est là sans doute la raison pour laquelle, dans un pays individualiste comme l'est la France, la notion de « droit commun » s'attache à une branche du droit privé, au droit civil. En Amérique au contraire, patrie du standard et des règles collectives, ce même titre est donné à une branche du droit public, au droit constitutionnel. L'étude présente montre en effet que chaque discipline juridique possède, en Amérique, une base constitutionnelle. Des questions de droit administratif telles que le statut des fonctionnaires² ou l'expropriation³, des matières de droit international privé comme les conflits de lois ou la condition des étrangers⁴,

2. Cf. ci-dessus §§ 27 (B) et 84.

3. Cf. ci-dessus § 67.

4. Cf. ci-dessus § 27.

les règles fondamentales de la procédure pénale⁵, des situations de pur droit civil enfin, telles que les relations naissant entre les individus du fait des rapports de voisinage⁶, tous ces problèmes juridiques, dont la solution dépend de disciplines différentes, exigent cependant le respect des principes constitutionnels fondamentaux. Ainsi, les diverses branches du droit se trouvent soumises au droit constitutionnel.

Par ce moyen, et grâce à l'action du pouvoir judiciaire dont le rôle est de faire respecter cette hiérarchie, l'unité durable et complète du droit américain se trouve assurée.

5. Cf. ci-dessus § 19.

6. Cf. ci-dessus § 90 (B).

Vu, le Doyen,
L. JOSSERAND.

Vu, le Président de la thèse,
E. LAMBERT.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 10 juillet 1931,

Le Recteur, Président du Conseil de l'Université
Joseph GHEUSI.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie est : 1° *générale*, en ce sens qu'elle ne reproduit pas les subdivisions de l'ouvrage 2° *doctrinale*, en ce qu'elle ne contient pas l'indication des principales décisions judiciaires. Le lecteur devra donc la compléter par les bibliographies spéciales placées en tête de chaque chapitre.

- AKIN (J. W.) — Aggression of the Federal Courts. 32 *Am. L. Rev.* p. 669.
- ALGER (G. W.). — The Old Law and the New Order. Boston, 1913.
— The Courts and Legislative Freedom *Atlantic Monthly*, mars 1913, vol. 3, p. 345.
- ALLEN. — Injunctions and organized labor. 28 *Am. L. Rev.* p. 878.
- BACON (C. W.) a. MORSE (F. S.). — The reasonableness of the law. (Putnam, 1924.)
- BAILEY (J. W.). — The American Judiciary. *Am. Bar Association Reports*, 1915.
- BAKER (N. F.). — Legal Aspects of Zoning.
- BALDWIN (S. E.). — The American Judiciary. (New-York, 1905).
- BARDA (E.). — L'exécution spécifique des contrats. (Paris, Dalloz. 1928.)
- BARTHÉLEMY (J.) et DUEZ (P.). — Traité élémentaire de droit constitutionnel (Paris, 1926, p. 663).
- BEARD (C. A.). — The supreme court : usurper and grantee, *Polit. Sc. Quart.* mars 1912.
— The supreme court and the constitution. (New-York, the Macmillan Co, 1926).
- BEAUREGARD (M.). — L'inconstitutionnalité de la loi du Cadenas (*Le Monde écon.*, 2^e partie, 1894).
- BECK (J.). — Communication faite à la Philadelphia Bar Association. Cf. *Journal of the society of comparative legislation*. N. S. XXXVI, juillet 1916, p. 365.
— La constitution des Etats-Unis. (Paris, Colin, 1923.)
- BERTHÉLEMY (H.). — Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois (compte rendu des séances et travaux de l'Ac. des Sc. mor. et pol., 1926, p. 51).

- BERTHÉLÉMY (H.). — Les limites du pouvoir législatif. *Rev. pol. et parl.* t. 125, 1925, p. 355.
- BENSON (A. L.). — The Usurped Power of the Courts (Pearson's Mag. 1911 vol. 16).
- BIGGS. — The Power of the Judiciary over Legislation (Address North Carolina Bar Association 1915 U. S. 64 Congress 1. Session Senate Doc. 341).
- BIKLÉ (H. W.). — Judicial determination of questions of fact affecting the constitutional validity of legislative action 38. *Harv. L. Rev.* p. 6.
- BIRD (F. W.). — The evolution of due process of law in the decisions of the United States supreme court. 13 *Columbia L. Rev.* p. 37.
- BIRD (R. E.). — Decay of Personal Rights and Guarantees. 18 *Yale L. Journal*, p. 250.
- BLACK (W. W.). — Should the Constitutionality of Statutes be determined before the Law goes into Effect. (Washington Bar Ass. Olympia, 1912, p. 125).
- BLACK (H. C.). — An Essay on the Obligation of Contracts and Retroactive Laws.
- BLACKBURN (E.). — The Supreme Law of the Land. 40 *Am. L. Rev.* (1906).
- BLONDEL (A.). — Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Th. Aix, 1928.
- BORCHARD (E.). — The declaratory judgement; a needed procedural reform. 28 *Yale L. Journal*.
- BORDWELL (P.). — The function of the judiciary. *Columbia L. Rev.* 1907, p. 7.
- BOUDIN (L. B.). — Government by Judiciary. 26 *Polit. Sc. Quart.* (1911).
- BOWMAN (H. M.). — Congress and the Supreme Court. 25 *Pol. Sc. Quart.*, p. 20.
- BOYD (W.). — The Judiciary, its growing Power and Influence. 32 *Am. L. Rev.* (1898).
- BRANDEIS (L. D.). — Social and economic views of Mr. Justice Brandeis; coll. with introd. notes by Alfred Lief; with a foreword by Ch. A. Beard. (*Vanguard Press*, 1930.)
- BRANNON (H.). — A treatise on the rights and privileges guaranteed by the fourteenth amendment to the constitution of the United States (Anderson, 1901).
- BRECK P. MC ALLISTER. — Lord Hale and Business affected with a public interest. 43. *Harv. L. Rev.* p. 759.
- BRISSENDEN (P. F.) et SWAYZE (C. O.). — The Use of the Labor Injunctions in the New-York Needle Trades. 44 *Polit. Sc. Quart.*, p. 548 et même revue, n° 45, p. 87.
- BROOKS (A.). — The Theorie of Social Revolution (1913).
- BROWN (A. B.). — Judicial Legislation (*Chicago Legal News*, 20. 8. 1892, vol. 24, p. 410).

- BROWN (M. R. G.). — Judicial nullification of acts of congress. *North American Rev.* 16 août 1907.
- BROWN (R.). — Due process of law, police power and the supreme court. 40 *Harv. L. Rev.* p. 943.
— Police Power; Legislation for Health and Personal Safety. 42 *Harv. L. Rev.* p. 866.
- BROWN (T. W.). — Due process of law. 32 *Am. L. Rev.* (1898).
- BRYCE (J.). — La République américaine, traduction Muller. (Paris, 1900).
- BUELL (R. L.). — The Supreme Court (*New York Times Current Hist. Mag.* nov. 1922, vol. 17, p. 222).
— Reforming the Supreme Court (*Nation*, juin 1922).
- BURDICK (Ch. K.). — The law of the american constitution (N.-Y., Putman's Sons, 1922).
- BURGESS (J. W.). — Recent changes in American constitutional theory (Columbia univ. press, 1923).
- BURR (C. H.). — Unconstitutional Law and the Federal Judicial Power. *Am. Law. Reg.*, 1912, p. 624.
— Unconstitutional Law and Federal Judicial Power. 65 *University of Penna. L. Rev.* (1913).
- CARRÉ DE MALBERG. — Contribution à la théorie générale de l'Etat, 2 vol. (Paris, 1920-1922, vol. I, pp. 225 et s. vol. II, p. 609).
- CARROL, Freedom of Speech an of the Press in War Time : The Espionnage Act, 17, *Mich. L. Rev.* p. 621.
— Freedom of Speech and the Press in the Federalist Period : The Sedition Act, 18 *Mich. L. Rev.* p. 615.
- CARSON (H. L.). — The Historic Relation of Judicial Power to unconstitutional Legislation *University of Penna L. Rev.* et *Am. Law Reg*, oct. 1912, p. 567.
— Judicial Power and unconstitutional Legislation. 34 *Am. Law Reg.* p. 796.
— History of the supreme court of the United States; with biographies of all the chief and associate justices. 2 vol. (*Lawyers' co-op.* 1902).
- CHAFEE (Z.). — Freedom of speech (Harcourt, 1920).
— Freedom of speech in war time, 32 *Harv. L. Rev.* p. 932 et 33 *Harv. L. Rev.* p. 442.
- CHAPMAN (A. J.). — Judicial Legislation (*Western Jurist.* mai, juin 1872 vol. 6, p. 201, 217, 249).
- Chief Justice CARTER. — The Courts and unconstitutional Law (Illinois State bar Ass., Proceedings 1912, p. 400).
- Chief Justice Walter CLARK. — Government by Judges (Senate Documents n° 610, 63^e Congress, 2^e session, 1914).
— Back to the Constitution. *Am. L. Rev.* 1916.
— Judicial Veto wholly without authority in the Constitution. *American Federationnist*, sept. 1921, p. 727.
— Sur le cas Lochner. 54 *Am. Law. Reg.*

- Where does the governing Power reside? 52 *Am. L. Rev.* p. 687.
- Judicial Supremacy unwarranted by the Constitution (Public. 29 juin 1918, vol. 21, p. 821).
- CHIPMAN GRAY. — Nature and source of the law (New-York, 1914).
- CLARK (A. I.). — The Supremacy of the Judiciary, 17 *Harv. L. Rev.*, (1903).
- CLARK (F. B.). — Constitutional doctrines of justice Harlan. (*J. Hopkins univ. stud. in hist. and polit. sc.*, ser. 33, n° 4, (1915).
- CLARKE (M.). — Some myths of the law. *Mich. L. Rev.* 1914.
- COHEN (M. P.). — The Process of Judicial Legislation (*Am. Polit. Science Rev.* (1914).
- COLLINS. — The fourteenth amendment and the states (Boston, Little Brown 1912).
- COOKE (W. A.). — The constitutionality of the civil rights laws *Southern L. Rev.* juillet 1875, p. 193.
- COOLEY (T. M.). — A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union, 7^e éd. (Bost. Little, 1903).
- Law of Taxation.
- CORWIN (E. S.). — The doctrine of due process of law before the civil war. 24 *Harv. L. Rev.* p. 366.
- John Marshall and the constitution; a chronicle of the supreme court (N. H. Yale Un. Press, 1929).
- The establishment of judicial review. 8 *Mich. L. Rev.* p. 102 et même revue vol. 9.
- The progress of the constitutional theory between the declaration of independance and the meeting of the Philadelphia convention. *Am. Hist. Rev.* 1925.
- The doctrine of judicial review, its legal and historical basis and other essays (Princeton univ. 1914).
- The basic doctrine of american constitutional law. 12 *Mich. L. Rev.* p. 247.
- Freedom of speech and of the press. 30 *Yale L. Journal*, p. 48.
- The supreme court and the fourteenth amendment. 7 *Mich. L. Rev.* p. 643.
- Child Labor Decision (*New Republ.* 12. 7. 22, vol. 31, p. 177).
- COUDERT (F. R.). — Judicial constitutional amendment, 13 *Yale L. Journal*.
- COXE (B.). — Judicial power and unconstitutional legislation (Bisel, 1893) et (Phila. 1923).
- CUSHMAN (P. R.). — Social and economic interpretation of the fourteenth amendment. 20 *Mich. L. Rev.* p. 737.
- CUSHMAN (R.). — Studies in the police power of the national government. *Minnesota L. Rev.* 1919, vol. 3; 1920, vol. IV.

- DALE. — Implied limitations upon legislative powers. 24 *Am. Bar Ass. Reports* p. 294.
- DAVIS (H. A.). — Annulment of legislation by the supreme court 7 *Am. Polit. Science. Rev.*, nov. 1918.
- DAVIS (H. E.). — The Judicial Veto (New-York, 1914).
- DESFOUGÈRES (H.). — Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Th. Paris, 1913.
- DOBBYNS (F.). — Justice Holmes and the fourteenth amendment. 13 *Ill. L. Rev.* p. 71.
- DOOD (W. F.). — Extra constitutional limitations on legislative power. *Yale L. Journal.* 1931, p. 1188.
- Constitutionality of emergency Rental Regulation, 28 *W. Va. L. Quart.* p. 125.
- Social Legislation and the Courts. 27 *Pol. Sc. Quart.* (1915).
- The Growth of Judicial Power. 24 *Pol. Sc. Quart.* (1909).
- DOUGHERTY (J. H.). — Power of federal judiciary over legislation (N. Y. Putnam 1912).
- DRAKE (W.). — Social Legislation and the Courts. 27 *Pol. Sc. Quart.* (1915).
- DUGUIT (L.). — Traité de droit constitutionnel, 2^e éd. en 5 vol. t. III, § 98 et notamment p. 678.
- Le jugement de la constitutionnalité des lois. Conférence faite à Bucarest le 29 mars 1925; dans *Bull. Soc. de législation comparée roumaine*, t. I, 1925, p. 38.
- DUMONT (S. F.). — Decisive battles of constitutional law. 10 *Am. Bar Assoc. Journal*, p. 505.
- DUNN (F. K.). — The declaratory judgement. 45 *Am. Bar Ass. Reports*, 1920, p. 388-392.
- DUPRIEZ (L.). — Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. *Bulletin de la classe des Lettres et des Sciences morales et politiques* (Académie royale de Belgique), 5^e série, t. XIV, 1928, n^o 5.
- EDGE (W.). — Decisions of the Supreme Court (Congress Record, 67 th. Congress, 2nd session, vol. 62, nr 160 « current files » p. 9846).
- EISENMANN (Ch.). — La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, 1928.
- ELIEL (R. H.). — Freedom of Speech. 18 *Am. Polit. Science. Rev.* p. 712.
- ELLIOTT (C. B.). — The legislatures and the courts. The power to declare statutes unconstitutional. 5 *Pol. Sc. Quart.* p. 225.
- ESMEIN (A.) et NÉZARD. — Eléments de droit constitutionnel, 8^e éd. Paris, 1928, t. I, p. 626.
- EVANS (L. B.). — Cases on Constitutional Law.
- EWING (E. W. R.). — Legal and historical status of the Dred Scott decision; a history of the case and an examination of the opinion delivered by the supreme court of the United States (Cobden pub. C^o 1909).
- FARRAND (M.). — Records of the federal convention of 1787 (Yale Univ. Pr. 1911).

- Fédéraliste (Le). Collection Boucard et Jèze (Paris, 1902).
- FIELD. — The constitutionality of segregation ordinances, 5 *Virginia L. Rev.* p. 81; 27 *Harv. L. Rev.* p. 270.
- FIELD (O. P.). — Effect of an unconstitutional statute. 1 *Indiana L. J.* p. 1; 60 *Am. L. Rev.* p. 232; 100 *Central L. J.* p. 145.
- FINKELSTEIN. — Judicial Self Limitation. 37 *Harv. L. Rev.* p. 338 et vol. 39, p. 221.
- FLACK (H. E.). — The adoption of the fourteenth amendment (*J. Hopkins univ. stud. in hist. and polit. sc.*, v. 26-1908).
- FORD (J.). — The enforcement of Housing Legislation. 42 *Polit. Sc. Quart.* p. 549.
- FOWLER (R. L.). — Origin of the Supreme Judicial Power, 29 *American L. Rev.* (1895).
- FRANKFURTER (F.). — Twenty years of Mr Justice Holmes' constitutional opinions, 36 *Harv. L. Rev.* p. 909.
- Mr Justice Holmes and the Constitution. 41 *Harv. L. Rev.* p. 121.
- FRANKFURTER (F.) a GREENE (N.). — Labor Injunctions and federal Legislation. 42 *Harv. L. Rev.* p. 766.
- The Use of the Injunction in American Labor Controversies. 44 *Law Quart. Rev.* p. 164.
- FRANKFURTER a LANDIS (J. M.). — Business of the Supreme court of the United States. A study in the federal judicial system; 38 *Harv. L. Rev.* p. 1005; 39 *Harv. L. Rev.* pp. 53, 325, 587, 1046; 40 *Harv. L. Rev.* pp. 431, 834, 1110; 43 *Harv. L. Rev.* p. 33; 44 *Harv. L. Rev.* p. 1.
- FREUND (E.). — The police power, public policy and constitutional rights (Chic. Callaghan, 1904).
- Standards of american legislation (Chic. Univ. of Chic. 1926).
- Constitutional limitations and labor legislation. 4. *Ill. L. Rev.* p. 620.
- GARNER (J.). — Idées et institutions politiques américaines. Conférences au cercle français de l'université de Harvard (Giard, 1921).
- Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux Etats-Unis (*Rev. du droit public*, 1918, p. 5 et 497).
- GAYNOR (W. J.). — Do our Courts stand in the Way of Social and Economic Progress ? (28, *Bench and Bar*, mars 1912, p. 102).
- GOODNOW (F. J.). — Judicial interpretation of constitutional provisions. Academy of Polit. Sc. 1913, p. 49.
- Social reform and the constitution (N. Y. Macmillan, 1911).
- GOODRICH (H. E.). — Does the constitution protect free speech ? 19 *Mich. L. Rev.* p. 487.
- GOURD (A.). — Les premières Chartes américaines (Paris, Imprimerie Nationale, 1885-1903).
- GRAY (J. M.). — Limitations of the taxing power. S. Francisco, Bancroft, 1906.
- GRAY (J. C.). — The nature and sources of the law, 2^e éd. N. Y. Macmillan, 1921.

- GREGORY. — Government by injunction. 11 *Harv. L. Rev.* p. 487.
- GROAT (G. G.). — The Courts and the Labor Question (19 Case and Comment. sept. 1912, p. 261).
- GUTHRIE. — Lectures on the fourteenth amendment to the Constitution of the United States, 1898.
- GUTHRIE (W. D.). — Intervention du pouvoir judiciaire pour sauvegarder la liberté scolaire aux Etats-Unis. *Le Correspondant* du 10 oct. 1924.
- HADLEY (A. T.). — The constitutional position of property in america. *Independant* du 16 avril 1908.
- HAINES (C. G.). — A government of laws or a government of men. Judicial or legislative supremacy (Univ. of California, 1929).
- Judicial review of legislation in the United States and the doctrines of vested rights and of implied limitations of legislature. *Texas L. Rev.* avril 1924 (vol. 2), juin 1924 (vol. 2 n° 3), déc. 1924 (vol. 3).
- Judicial criticism of legislation by courts. *Mich. L. Rev.* nov. 1912.
- The conflict over the judicial powers in the United States to 1870. *Columbia studies in history, economics and public law*, t. 25, p. 1 (1909).
- The revival of natural law concepts; a study of the establishment and of the interpretation of limits on legislatures with special reference to the development of certain phases of american constitutional law. *Harv. studies in jurisprudence*, v. 4 (Harv. univ. press, 1930).
- General observations on the effects of personal, political and economic influences in the decision of judges. 17 *Ill. L. Rev.* p. 96.
- The american doctrine of judicial supremacy (N. Y. Macmillan, 1914).
- HALE (R. H.). — Judicial review versus doctrinaire democracy. *Am. Bar Ass. Journal*, sec. 1924, X.
- HALE (R. L.). — Value and Vested Rights. 27 *Columbia L. Rev.* p. 523.
- HALL (A. B.). — Housing and the police power. Housing problems in America. Proceedings of 4th national conference of housing (1915).
- HALL (E. C.). — Due process of law and class legislation. 43 *Am. L. Rev.* p. 926.
- HALL (J. P.). — Free Speech in war time. 21 *Col. L. Rev.* p. 526.
- Rate making and the revision of the property concept. 22 *Columbia L. Rev.* p. 209.
- HALL (J. P.). — Constitutional Law.
- HALLAM (O.). — Judicial Power to declare legislative acts void. *Am. L. Rev.* janv.-mars 1914, p. 225.
- HALLER (O.). — Judicial Power to declare Legislative Acts void. *Am. Politi. Science Rev.* (1914).
- HART. — Power of government over Speech and Press.

- HASTINGS (W. G.). — Is it usurpation to hold as void unconstitutional laws ? (*Green Bag*, 1808, XX).
- The development of law as illustrated by the decisions relating to the police power of the state. Proceedings of the American Philosophical Society (sept. 1900).
- HAURIU (M.). — Précis de droit constitutionnel (4^e éd. p. 272).
- HOHFELD (W. N.). — Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning, and other legal essays (Yale Univ. press, 1923).
- HOLMES (O. W.). — Dissenting opinions of Mr Justice Holmes; arr. with introd. notes by Alfred Lief; with a foreword by G. W. Kirchwey (Vanguard press, 1929).
- HOUGH (C. M.). — Due process of law today, 32 *Harv. L. Rev.* p. 218.
- Law in war Time, 31 *Harv. L. Rev.* p. 692.
- HUDSON (M.). — Advisory opinions of national and international courts, 37 *Harv. L. Rev.* p. 970.
- HUGHES (Ch. E.). — War powers under the Constitution (*Report of the Am. Bar Assoc.* 1917).
- HUNTING (W. B.). — The Obligation of Contracts Clause.
- JÈZE (G.). — Les principes généraux du droit administratif, 3^e éd., t. I, p. 360.
- Le contrôle juridictionnel des lois, *Rev. du droit public*, 1924, p. 399.
- JONES (W. C.). — Child Labor Decision. 6 *California L. Rev.* p. 395.
- KALES (A. M.). — Due process, the inarticulate major premise and the Adamson Act. 26 *Yale L. Journal* p. 519.
- The Sherman Act 31 *Harv. L. Rev.* p. 436.
- New Methods in Due Process Cases. 12 *Am. Polit. Science Rev.* p. 341.
- KEASBEY (E. Q.). — The Courts and the New Social Question (*Maryland Bar Ass. Report*, 1911, p. 105).
- KELLOG (F. B.). — Decisions of the Supreme Court (Congr. Record, 67th Congress, 2nd session, vol. 62, n^o 160, Current Files, 9848-49).
- KELSEN (H.). — La garantie juridictionnelle de la constitution (justice constitutionnelle) dans *Rev. du droit public*, 1928, p. 197; cf. aussi même revue, 1928, p. 775.
- KENT (J.). — Commentaries on American law, 14^e éd. *Gould. Bosl. Little*, 1896, 4 vol.
- KERR (W. W.). — Law and practice of injunctions, 6^e éd. (Sweet and Maxwell, Londres, 1927).
- KERR (C.). — Evolution of the injunction. 10 *Virginia L. Rev.* p. 444.
- KOHLER (J.). — Judicial interpretation of enacted law. Science of legal method; selected essays by various authors (Boston, 1917).
- LA FOLLETTE (R. M.). — The Decisions of the Supreme Court on

- Child Labor (Cong. Record, 67 Congress, 2nd session, vol. 62, n° 160 (current files), p. 9489).
- LAIN (E. M.). — Evolution of the judicial opinion. 36 *American L. Rev.* p. 172.
- LAMBERT (E.). — Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des Etats-Unis dans *Mélanges Hauriou*, 1929.
- Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis (Paris, 1921).
- LAMBERT (E.) et BROWN (H. C.). — La lutte judiciaire du capital organisé (M. Giard, 1924).
- LAMBERT (J.). — Histoire constitutionnelle de l'Union américaine. I. La naissance du fédéralisme aux Etats-Unis, 1930.
- Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. *Marbury v. Madison. Rev. du droit public*, 1931, p. 5.
- LANDIS (J.). — Constitutional limitations on the congressional power of investigation, 40 *Harv. L. Rev.* p. 153.
- LARNAUDE. — L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français (*Rev. pol. et part.*, 1926).
- Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif (*Bulletin de la Soc. de législ. comparée*, t. 31, 1902, p. 175 et 240).
- La séparation des pouvoirs et la justice en France et aux Etats-Unis (*Revue des idées*, n° du 15 mai 1905).
- La crise de l'inconstitutionnalité aux Etats-Unis (*France-Amérique*, Revue mensuelle du Comité France-Amérique, n° d'octobre 1912).
- L'inconstitutionnalité des lois et sa mise en œuvre (*Dreptul*, n° du 30 septembre 1912).
- LAY (G.). — The Growth of religious Liberty. 61 *Am. L. Rev.* p. 345.
- LEBLANC. — Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois (thèse, Paris, 1924).
- LE BRUN (A.). — L'inconstitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Thèse, Paris, 1899.
- LE FUR (L.). — Le gouvernement des juges (compte rendu de l'ouvrage du professeur Lambert) dans *Rev. du droit public*, 1922, p. 306.
- Le Temps* du 15, 19 novembre, 29 décembre 1925.
- LEWIS. — Eminent Domain, 3^e ed.
- LILIENTHAL (D. E.). — The Federal Courts and State Regulation of Public Utilities. 43 *Harv. L. Rev.* p. 379.
- LOCKWOOD, MAW a ROSENBERRY. — The Use of the Federal Injunction in Constitutional Litigation. 43 *Harv. L. Rev.* p. 426.
- LURTON (H. L.). — A government of Law or a Government of Men ? 193 *North American Rev.* (1911).
- MAC BAIN (H. L.). — Taxation for a private purpose. 29 *Pol. Sc. Quart.* p. 185.

- MC.CLAIN. — Cases of unconstitutional law (Boston, 1906).
- MAC DONOUGH (J. B.). — The Alleged Usurpation of Power by Federal Courts. 46 *Am. L. Rev.* (1912).
- Usurpation of power by the Federal Courts. 46 *American L. Review*, p. 45.
- MAC GEHEE (L. P.). — Due process of law under the federal constitution (Thompson, 1906).
- MAC ILVAIN (C. H.). — Due process of law in « magna carta ». 14 *Columbia L. Rev.* p. 44.
- MAC LAUGHLIN (A. C.). — Courts, the constitution and parties : studies in constitutional history and politics (Univ. of Chicago Press, 1912).
- MAC MURTRIE (R. C.). — The Jurisdiction to declare void Acts of Legislation. 41 *Am. Law. Reg.* (1893).
- MARBURY (W. L.). — The limitations upon the amending powers. 33 *Harv. L. Rev.* p. 223.
- MARSHALL (J.). — The Workin of our system of constitutional law. Boston Mass. 1839.
- MASON (A. W.). — Is the fifteenth amendment void ? 23 *Harv. L. Rev.* (1910).
- MAYNARD (F. A.). — Five to four decisions of the supreme court of the United States. *Am. Law Reg.* (1920).
- MEIGS (W. M.). — Some recents attacks on the american doctrine of judicial power. *Am. Law Reg.* (1906).
- The growth of the Constitution in the Federal convention of 1787, 2^e ed. (Phila. Lippincott, 1900).
- The American doctrine of judicial power in its early origin. (Grun, Bag, 1913).
- The Relation of the Judiciary to the Constitution (1919).
- MELIN (F. E.). — The judicial bulwark of the constitution 8 *Am. Polit. Science Rev.* p. 167.
- MONROE (A. H.). — The Supreme Court and the Constitution. 18 *Am. Polit. Science Rev.* p. 737.
- MOORE (B. F.). — The supreme court and unconstitutional legislation. *Columbia univ. studies in hist., economics and public law*, n° 133 (1913).
- Judicial veto and political democracy. *Am. Polit. Science Rev.*, nov. 1916.
- MOORE (Ch. C.). — The attitude of our Courts toward Labor (19 Case and Comment. sept. 1912, p. 265.)
- MOSCHZISKER (R. von). — Judicial review of legislation; a consideration of the warrants for an merits of our american system of judicially reviewing legislation to ascertain its constitutional validity (Washington, 1923).
- Stare decisis in courts of last resort. 37 *Harv. L. Rev.* p. 409.
- MOTT. — Due Process of Law (Bobbs Merrill, 1927).
- MYERS (G.). — History of the Supreme Court (1912).
- NERINCX. — L'organisation judiciaire aux Etats-Unis (Paris, 1909)

- O' BRIEN (T. D.). — The Courts and the Constitution (*American Industries*, vol. 23, oct. 1922).
- OWEN (R. L.). — Withdrawing power from federal courts to declare acts of congress void. Janv. 27 1917, 64th cong. 2d. sess.; Senate doc. 737.
- PAGE (H.). — Law of Taxation and Special Assessments.
- PALFREY (J. G.). — The constitution and the courts. 26 *Harv. L. Rev.* p. 507.
- PARKER (A. B.). — On the Right of the Courts of the United States to pass upon the Constitutionality of Laws (South Carolina Bar Ass. Transactions, 1912, p. 96).
- PARKER (J.). — The Supreme Court and its Constitutional Duty and Power. 30 *American L. Rev.* (1896).
- PARKINSON (Th. I.). — Child Labor and the Constitution. 12 *Am. Lab. Legislation Rev.* p. 110.
- PATTESON (C.). — Judicial Usurpation of Power. 40 *Virginia L. Rev.* (1906).
- PAYNE. — The Constitution of the United States (annotated).
- PENNOYER (S.). — The Income Tax Decision and the Power of the Supreme Court to nullify Acts of Congress. 29 *Am. L. Rev.* (1895).
- The Case of Marbury v. Madison. 30 *Am. L. Rev.* (1896).
- PLUCKNETT (T.). — Bonham's case and judicial review. 40 *Harv. L. Rev.* p. 30.
- PLUMMER (W. C.). — Limitations to Private Property Rights in the U. S. (*Ann. Am. Acad. of Politic. Soc. Sc.* Part. I. Real Estate Problems. mars 1930).
- POPE (H.). — The fundamental law and the power of the courts. 27 *Harv. L. Rev.* p. 436.
- POTTER (W. W.). — Judicial Power in the United States. 27 *Mich. L. Rev.* p. 1-167 et 285.
- POUND (R.). — Liberty of contract. 18 *Yale L. Journal*, p. 454.
- The Law of the Land. 62 *Am. L. Rev.* p. 174.
- Courts and legislation. Science of legal method; selected essays by various authors (Boston, 1917).
- Courts and legislation. 7 *Am. Pol. Sc. Quart.*
- Theory of judicial decision. 36 *Harv. L. Rev.* pp. 641, 802, 940.
- The spirit of the common law (Jones, Mass. 1921).
- POWELL (R.). — The police power in american constitutional law *Journal of comparative legislation*, 3^e série, 1^{er} et 3 oct. 1919, p. 174.
- Judicial recall and the police power. *Journal of comparative legislation*, 3^e série, 1^{er} et 3 oct. 1919, p. 161.
- Collective bargaining before the Supreme court, 33 *Polit. Sc. Quart.* p. 411.
- The Supreme court and the constitution, 35 *Polit. Sc. Quart.* p. 439.
- Protecting property and liberty 1922-24, 40 *Polit. Sc. Quart.* p. 404.

- POWELL (Th.). — The Supreme court and the Constitution, 36 *Polit. Sc. Quart.* p. 411.
- POWELL (Th. R.). — The supreme courts adjudication of constitutional issues in 1921-1922. 21 *Mich. L. Rev.* p. 63.
- 32 *Harv. L. Rev.* p. 929.
- Judiciality of minimum wage legislation. 37 *Harv. L. Rev.* p. 545.
- RALSTON (J. H.). — Judicial Control over Legislation. 54 *Am. L. Rev.* (1920).
- Study and Report for American Federation of Labor upon juridical Control over Legislation as to constitutional question (1919).
- Judicial control over legislatures as to constitutional questions, 2^e ed. Washington, 1923.
- RANSOM (W. M.). — Majority Rule and the Judiciary (1912).
- REEDER (R. P.). — Constitutional and Extra Constitutional Restraints. 41 *University of Penna L. Rev.* (1913).
- The due process clause and the substance of individual rights. 49 *Am. L. Reg.* 1910 et 58 *Univ. of Penna. L. Rev.* p. 191.
- RICE (W. G.). — La constitutionnalité de la législation du travail aux Etats-Unis. *Rev. int. du travail*, nov.-déc. 1926.
- RICHARDSON (D.). — Constitutional doctrines of justice O. W. Holmes. J. Hopkins Univ. Studies in Historical and Political Sc. IX (Balt. 1924).
- ROBINSON (G. H.). — The public utility concept in American law. 41 *Harv. L. Rev.* p. 277.
- ROE (G. E.). — Our Judicial Oligarchy (1912)
- ROOSWELT (Th.). — Articles parus dans le journal *The Out look* les 17 déc. 1910, 15 avril 1911, 6 janvier 1912, 24 février 1912, 21 mars 1912.
- ROSENBERGER (T. C.). — The Supreme Court as Expounder of the Constitution. 30 *Am. L. Rev.* (1896).
- RUBIN (W. B.). — The constitution and the supreme court. *Am. federationist*, sept. 1922, vol. 29, p. 675.
- SALMOND — Theory of judicial precedents. 16 *Law. Quart. Rev.* p. 376.
- SCHOFIELD (Henry). — Freedom of the press in the United States. 9 *Proc. Am. Sociological Soc.* 67.
- SEAGER (H. R.). — The Attitude of American Courts towards restrictive Labor Laws. 19 *Polit. Sc. Quart.* (1904).
- SHATTUCK. — The meaning of the term liberty in federal and state constitutions. 4 *Harv. L. Rev.* p. 365.
- SHIRLEY (J. M.). — The Dartmouth College Case.
- SIGNOREL. — Le contrôle du législatif (*Rev. pol. et parl.*, 1904, p. 76 et 580).
- STIMSON (F. J.). — The american constitution. As it protects private rights (N. Y. Scribner, 1923).
- STIMSON. — The modern use of injunction. 10 *Polit. Sc. Quart.* p. 189.

- STORY (J.). — Commentaries on the Constitution of the United States, 5^e ed. Bost. Little, 1891-1905, 2 vol.
- STREET (R. A.). — The Irreconcilable Conflict. 41 *Am. L. Rev* (1907).
- STUART (Ch. D.). — Power of the Supreme Court to declare Acts. of Congress unconstitutional (Sen. Doc. 703, 64th congress, 2nd session, 1917).
- SUNDERLAND (E. R.). — Scope of Judicial Review. 27 *Mich. L. Rev.* p. 416.
- SUTHERLAND (J. G.). — Statutes and statutory construction (Chic. Callaghan, 1891).
- The courts and the constitution. 35 *Am. Bar association. reports*, p. 371; 37 *Am. Bar association. reports*, p. 388.
- SWAYZE (F.). — Judicial construction of the fourteenth amendment 26 *Harv. L. Rev.*
- TAFT (H. W.). — Freedom of speech and the espionage act (N. J. L. J. Pub. C^o Plainfield, 1921).
- The anti-trust act and the Supreme court (N. Y. Harper, 1914).
- TAYLOR (H.). — Due process of law and the equal protection of the laws (Chicago, Callaghan, 1917).
- Jurisdiction and procedure of the Supreme court of the United States (Rochester, Lawyers, 1905).
- Origin and growth of the American Constitution (Houghton, 1911).
- THAYER (E. R.). — Judicial legislation, 5 *Harv. L. Rev.* p. 172.
- American doctrine of constitutional law, 7 *Harv. L. Rev.* p. 129.
- THAYER (J. B.). — Legal essays (Harv. univers. press, 1927).
- THAYER et DEAN TRICKETT. — Judicial Nullification of Acts of Congress. 185 *North American Rev.* p. 848.
- TOBRINER (M.). — Constitutional Theory and judicial Construction of constitutional Clauses limiting legislative Power. 61 *Am. L. Rev.* p. 217.
- TRICKETT (W.). — The great Usurpation. 40 *Am. L. Rev.*, p. 356.
- Judicial Nullification of Acts of Congress. 185 *North American. Rev.* p. 848.
- Judicial Dispensation from Congressional Statutes. 46 *Am. L. Rev.* (1907).
- TUGWELL (R. G.). — The economic basis of public interest. th. Menasha (Wisconsin, 1922).
- TURNER (S.). — A Phantom Precedent : Cases prior to the Framing of the Constitution of the United States in which our Courts had nullified acts of the legislature on the ground that such acts were repugnant to the fundamental law. 48 *Am. L. Rev.* p. 321.
- VANCE. — Freedom of Speech and of the Press. 2 *Minnesota. L. Rev.* p. 239.
- WAGNER (D. O.). — Some Antecedents of the American doctrine of Judicial Review. 40 *Politi. Sc. Quart.* p. 561.

- WALSH (W. F.). — Treatise on the law of real property (Baker, Voorhis, 1916).
- WAMBOUGH (E.). — War Emergency Legislation. 30 *Harv. L. Rev.* p. 663.
- WARREN (Ch.). — A bulwark to the state police power. 13 *Columbia L. Rev.* (decembre 1913).
- The earliest cases of judicial review of state legislation by federal courts. 32 *Yale L. Journal*, p. 15.
- Congress, the constitution and the supreme court (Little, 1925).
- Supreme court in United States history, 2 vol. (Little, 1926).
- The progressiveness of the United States supreme court. *Columbia L. Rev.*, (avril 1913.)
- The new «liberty» under the fourteenth amendment. 39 *Harv. L. Rev.* p. 431.
- The Supreme Court and the Sovereign States, 1914.
- WASH (W. G.). — What, if any, limitations are there upon the power to amend the Constitution of the United States. 62 *Am. L. Rev.* p. 529.
- WATSON (D. K.). — Invalid Legislation (U. S., 63th Congress, 3d session, Senate Doc., 964).
- The Constitution of the United States, its history, application and construction (Chic. Callaghan 1910, 2 vol.).
- The constitution of United States.
- WEST (V. J.). — Statistiques sur la révision constitutionnelle dans 8 *Ill. L. Rev.* p. 571.
- WHEELER (E. P.). — Five to Four Decisions of the Supreme Court. 54 *Am. L. Rev.* p. 921.
- WICKERSHAM (G. W.). — Recent extensions of the state police power. 54 *Am. L. Rev.* (1920).
- The Judicial Functions. *University of Penna L. Rev.* (1913).
- The police power, a product of the rule of reason. 27 *Harv. L. Rev.* p. 297.
- The Supreme Law of the Land. *Virginia L. Rev.* (novembre 1928).
- WIGMORE (J. H.). — Freedom of speech, 14 *Ill. L. Rev.* p. 539.
- *Abrams v. U. S.*, 15 *Ill. L. R.* (Mr 1920) p. 540.
- WILLIAMS (G. W.). — The power of Courts to declare a Statute void. 52 *Am. L. Rev.* (1918).
- WILLOUGHBY (W. W.). — Constitutional law of the United States, 2^e ed, 3 vol. (Baker, Voorhis, 1929).
- Government Organization in war Time and after (N. Y. 1919).
- The Supreme court of the United States (John Hopkins).
- The Supreme court and unreasonable searches 38 *Yale L. Journal*, 1929, p. 77.
- WILSON (J. R.). — The Origin of the Power of Courts to declare Legislative Acts unconstitutional. State Bar Association of Indiana, Report, 1899, p. 12.

- WILSON (W.). — Le gouvernement congressionnel, traduction française (Paris, 1900).
- L'Etat; éléments d'histoire et de pratique politique, traduction française (Paris, 1902), 2 vol.
- WITTE (E.). — Labor's resort to injunctions. 39 *Yale L. Journal*, p. 374.
- X. — Another Case of Five to Four (*New Republic*, 9. 6. 1920, vol. 23, p. 27).
- X. — Attack of Senator La Follette on the Supreme Court (*Outlook*, 28. 6. 1922).
- X. — Child Labor and the Constitution (*The Nation*, may 1922 vol. 114, p. 638-639).
- X. — Child Labor Law Invalid (*Outlook*, 24 mai 1922, vol. 131-138).
- X. — Child Labor Law squashed (*Literary Digest*, vol. 73, 27. 5. 1922).
- X. — Federal Child Labor Law declared unconstitutional (*Monthly Labor Rev.* juin 1922, vol. 14, p. 1255).
- X. — Federal Suppression of Child Labor held unconstitutional by the Supreme Court (*Commercial and Financial Chronicle*, 20. 5. 1922, vol. 14 p. 2175).
- X. — Histories of the supreme court of the United States written from the federalist point of view. 4 *Southwestern Polit. and Soc. Sc. Quart.* p. 12.
- X. — Injunction in labor disputes. 31 *Harv. L. Rev.* p. 648.
- X. — Labor and the Power of the Courts to declare Law unconstitutional (*Law and labor*, sept. 1919, vol. I, p. 2).
- X. — Labor and the Supreme Court (*Independant*, 24. 6. 22, vol. 108, p. 539).
- X. — New-York State Bar Association Committee on the Duty of Courts to refuse to execute Statutes in Contravention of the fundamental Law (Report... presented meeting of New-York State Bar Association held at the city of Buffalo, 23. 1. 1915; idem (second Report of the 14 and 15. 1. 1916. Washington, Gov. Printing office, 1916).
- X. — Reading Bible in Public Schools. 28 *Mich. L. Rev.* p. 430.
- X. — Restricting liberty without due process of law. Note dans *Michigan State Bar Journal*, 1925, IV, p. 357.
- X. — The Supreme Court and Unreasonable Searches. 38 *Yale L. Journal*, p. 590.
- X. — Tortious interference with contractual relations. 31 *Harv L. Rev.* p. 1017.
- X. — United States decisions holding the Child Labor Law unconstitutional (*Commercial and Financial Chronicle*, 10. 6. 1922, vol. 114, p. 2544).
- X. — Upholding the Constitution (*Journal of Commerce*, 18. 5. 1922, p. 6).
- YOUNG (J. T.). — The new american government and its work, 2^e ed. (Macmillan).

ABRÉVIATIONS

American Bar Association Journal	Am. Bar Assoc. Journal.
American Bar Association Reports.....	Am. Bar Association Reports
American Historical Review.....	Am. Hist. Rev.
American Labor Legislation Review ...	Am. Lab. Legislation Rev.
American Law Register.....	Am. Law Reg.
American Law Review	Am. L. Rev.
American Political Science Review.....	Am. Polit. Science Rev.
California Law Review	California L. Rev.
Central Law Journal	Central L. J.
Columbia Law Review	Columbia L. Rev.
Harvard Law Review	Harv. L. Rev.
Illinois Law Review.....	Ill. L. Rev.
Indiana Law Journal.....	Indiana L. J.
Law Quarterly Review	Law Quart. Rev.
Michigan Law Review	Mich. L. Rev.
Minnesota Law Review	Minnesota L. Rev.
Political Science Quarterly	Polit. Sc. Quart.
Revue Politique et Parlementaire	Rev. pol. et parl.
Southern Law Review	Southern L. Rev.
Texas Law Review	Texas L. Rev.
University of Pennsylvania Law Review.	Univers. of Penna. L. Rev.
Virginia Law Review.....	Virginia L. Rev.
West Virginia Law Quarterly	W. Va. L. Quart.
Yale Law Journal.....	Yale L. Journal.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages

A

Abus des droits, 90 (B).

Amendements :

I^{er}, 73.

V^e, 16.

XI^e, 57.

XIII^e, 27.

XIV^e, 16, 16 (c), 62, 73.

XVIII^e, 95.

B

Balance of convenience, 44.

Barthélemy, 9 note 14, 29.

Berthélemy, 9 note 14, 29.

C

Cas des boucheries (Slaughter house case), 16 (c).

Cas du collège de Dartmouth, 81 et 82.

Censure, 78.

Chartes municipales, 84.

Circonscriptions administratives, 68.

Circonscriptions judiciaires, 68.

Clause de protection égale des lois, 21, 25 à 28.

Clause protectrice des contrats, 21, 23 et 24.

Coalitions de producteurs ou de commerçants, 85 (b).

Coke (Edw), 13.

Colportage, 71 (b).

Common law, 13, 20, 56.

Concession, 81, 82.

Construction, 17.

Cooley, 16 (a).

D

Délibération (Rôle de la), 74.

Doctrines américaine (contribution de la — au développement du Contrôle de constitutionnalité des lois), 16 note 14.

Droit naturel, 1, 2, 20 (2), 81.

Droits politiques (ne sont pas protégés par le XIV^e amendement), 27 (b).

Due process, 12 à 20, 22, 26, 28.

Duguit, 9 note 14.

E

Embauchage (contrat d' —), 82 (a).

Eminent domain (pouvoirs d' —), 38 à 41, 62, 84 (2), 90 (b).

Entreprises d'utilité publique, 92 à 95.

Espionnage, 78.

Etrangers (jouissent-ils d'une protection constitutionnelle pour leurs droits individuels ?), 27.

Exception (déclaration d'inconstitutionnalité par voie d' —), 54.

Exécution en nature (procédure de l' —), 55 et 56.

F

Fonctionnaires :

injonctions adressées aux, 55.

nomination, 84.

responsabilité de l'Etat du fait des — 27 (B).

Front foot rule. V. Imposition des riverains.

G

Genet, 77.

Grande Charte, 13.

H

Harriman, 16.

Hauriou, 9 note 14, 87.

Hearing (droit à l'audition), 19.

Hill, 16.

I

Imposition des riverains, 67 (1^o).

Impositions spéciales, 67 (1^o), 69.

Incendies, 90.

Injonction (déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'—), 55 à 59.

J

Jaunes (protection des —), 27.

Jèze, 9 note 14, 33, 42.

Jury (jugement par le —), 14, 19 (2°).

K

Ku Klux Klan, 65.

L

Lambert (E.), 9 note 14, 20, 46.

Larnaude, 9 note 14.

Législation indirecte, 37, 46 (c), 64, 65.

Libertés américaines (aspect particulier des —), 60.

Liberté contractuelle, 79 à 86.

Liberté de la presse, 71, 72. V. aussi liberté d'opinion.

Liberté de parole, 71, 72. V. aussi liberté d'opinion.

Liberté de réunion, 71 (a).

Liberté d'opinion, 71 à 78.

Liberté du commerce, 71 (b).

Libertés individuelles (caractéristiques des —), 2.

Loi de la terre, 13.

Lois rétroactives, 19.

Lois sur la Sédition. V. Sédition.

Loi sur l'espionnage. V. Espionnage.

Lord Chancelier, 56.

M

Marbury v. Madison, 9.

Méthodes de protection des libertés individuelles :

Méthode américaine, 8.

Méthode belge, 7.

Méthode française, 6.

N

Nègres (protection des —), 26, 27.

Notice (droit à la convocation), 19.

Notion d'intérêt public, 31 à 34, 46 (B).

O

« Ordonnances municipales » prises pour lutter contre les incendies. V. incendies.

P

Péril imminent (emergency), 49 à 52, 54, 74.

Personnes morales :

protection de leurs droits, 27.

taxation, 69.

Plus values particulières, 67 (1°).

Pouvoirs de guerre, 52 (B).

Pouvoirs de police, 29 à 37, 62, 70, 84 (3), 90 (Aa).

Procédé d'inclusion et d'exclusion, 20, 47.

Prohibition, 95.

Propriété, 87 à 95.

R

Rebellion du whisky, 77.

Règle de raison, 43 à 52, 64 et 65.

Réglementation du travail, 85.

Règle des relations réelles et substantielles, 46 (C), 51 (3°), 94.

S

Salaires, 85 (c).

Santé, 30, 33 note 9.

Sécurité, 30, 33 note 9.

Sédition, 77.

Serment (prestation de —), 14.

Specific performance. V. exécution en nature.

T

Tarifs (fixation des —), 84.

Taux d'intérêt, 85 (a).

Taxation, 14, 42, 55, 62, 69, 84, 90 (c).

Taxes foncières. V. Taxe unique.

Taxe unique, 90 (c).

V

Vaccination (constitutionnalité des mesures concernant la —), 52.

Bordeaux. — Imp. J. Bière, 18, rue du Peugue. — 1932.
